

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

La légitimation d'après les lois nouvelles

Exposé et commentaire
des lois des 7 novembre 1907, 30 décembre 1915
et 7 avril 1917.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Soutenue le mercredi 26 mai 1920 à 5 heures

PAR

Etienne LEPELLETIER

Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. PIÉDELIEVRE, professeur.

Suffragants { MM. CAPITANT
RIPERT } *Professeurs.*

PARIS

A. PEDONE, Editeur.

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1920



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553018_0081

La légitimation
d'après les lois nouvelles.

***La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.***

La légitimation d'après les lois nouvelles

Exposé et commentaire
des lois des 7 novembre 1907, 30 décembre 1915
et 7 avril 1917.

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

Soutenue le mercredi 26 mai 1920 à 5 heures

PAR

Etienne LEPELLETIER
Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants { MM. CAPITANT } *Professeurs.*
 { RIPERT }

PARIS

A. PEDONE, Editeur

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

—
1920



PRÉFACE

Cette étude aura pour but de faire l'exposé et le commentaire des textes du code civil ainsi que des lois qui ont modifié celui-ci concernant la légitimation. Nous nous occuperons donc successivement de trois cas : les enfants naturels simples, les enfants incestueux et les enfants adultérins.

Le code civil ne permet la légitimation que des enfants naturels simples. Il prohibe au contraire celle des enfants incestueux et adultérins, et même leur reconnaissance (art. 335). Ces enfants se trouvent donc en une infériorité de condition qui se manifeste uniquement dans la famille. Légalement, ils n'ont ni aïeuls, ni frères, ni sœurs, ni parents connus. Ils n'ont que leurs auteurs.

Quelles sont les obligations qui résultent du fait de la filiation incestueuse ou adultérine ?

Les enfants adultérins ou incestueux n'ont droit qu'à des aliments (art. 762, code civil) et l'article 764 ajoute que dans le cas où leur père ou mère leur auraient fait apprendre un art mécanique, ou assuré de leur vivant la vie matérielle, ils ne pourraient élever aucune

revendication après le décès de leurs auteurs¹. Ils ne peuvent recevoir aucune donation entre vifs ou testamentaire de leurs père et mère et s'ils ont été l'objet d'un legs trop considérable, il sera réduit à la part d'aliments dûs par la succession, si toutefois ils n'ont pas été pourvus du vivant de leur auteur.

Emu de cette situation affreuse, le législateur est intervenu par le vote de la loi du 7 novembre 1907 qui modifie l'article 331 du code civil dans un sens favorable à ces deux catégories d'enfants. Puis la loi du 30 décembre 1915 abroge la loi précédente et la remplace par de nouvelles dispositions plus libérales encore.

Comment le législateur a-t-il réalisé ces diverses réformes ? Ce sera l'objet de notre travail

Dans une introduction générale, nous étudierons la légitimation des enfants naturels simples, d'après le code civil et la situation faite par ce code aux enfants adultérins et incestueux.

La première partie sera consacrée à l'étude de la loi du 7 novembre 1907. Nous nous y appesantirons, car elle a permis la légitimation des enfants incestueux et a posé les principes fondamentaux de celle des enfants adultérins. Cette loi a été reprise et modifiée en 1915.

La deuxième partie comprendra la législation actuelle sur la légitimation. Nous y verrons la loi de 1915,

1. Peu importe le genre de métier. Il suffit qu'il permette à l'enfant de gagner sa vie. (Demolombe, XIV, 128; Aubry et Rau, 4^e édit., VI, § 572, texte et note 31, p. 225).

puis celle du 7 avril 1917, cette dernière provoquée par la guerre, donc toute de circonstance et par conséquent sans lendemain. Cette dernière s'occupe de la légitimation de certains enfants illégitimes.

Enfin, la troisième et dernière partie fera l'objet d'une étude de droit comparé sur la législation actuelle des divers peuples européens eu égard à la légitimation. En concluant, nous nous demanderons si la législation actuelle correspond bien aux conditions sociales modernes.

INTRODUCTION

SECTION I

La légitimation d'après le Code civil.

L'ancien article 331 du code civil est ainsi rédigé :
« *Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adullérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.* »

La loi du 17 août 1897 a ajouté à cet article un nouveau paragraphe ainsi conçu : « *Il sera fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.* »

La légitimation est donc un bienfait de la loi dont l'effet est de faire considérer l'enfant né en concubinage comme issu du mariage de ses père et mère.

Si l'enfant est reconnu par ses deux auteurs suivant les conditions exigées par la loi et que le mariage est célébré, la légitimation se produit automatique-

ment, sans que la volonté des parties puisse l'empêcher de se produire. Il était nécessaire de faire cette remarque, car les mots « *pourront être légitimés* » pouvaient prêter à équivoque.¹ C'était d'ailleurs la solution de l'Ancien Droit² et le code l'a laissé subsister. L'enfant lui-même ne peut repousser l'effet de la légitimation. Il peut seulement, comme tous ceux qui y ont intérêt, contester la reconnaissance dont il a été l'objet (art. 339, code civil). S'il réussit dans sa demande, la légitimation n'aura pas lieu, mais s'il succombe, le mariage l'entraînera nécessairement.

Ainsi, le code civil n'admet la légitimation que par le mariage subséquent des parents de l'enfant naturel. La légitimation par « *lettres patentes* » du chef de l'Etat, très usitée dans l'Ancien Droit, n'est plus admise. Que le mariage devienne impossible, soit par la mort ou l'absence de l'un des concubins, la légitimation est impossible, si l'on s'en tient aux termes de l'article 331 du code civil. Il est vrai qu'il existe un moyen, semble-t-il, de tourner cet article. C'est l'adoption. Il n'est pas douteux que les enfants naturels non reconnus peuvent être adoptés. Mais que décider de ceux qui ont été reconnus ? La question est controversée. Nous ne nous y étendrons pas. Nous croyons, malgré les objec-

1. Un jugement du tribunal civil de Rambouillet rapporté par la *Gazette des Tribunaux* du 31 mai 1826 avait admis que ces mots autorisaient les auteurs de l'enfant à le légitimer ou non, en se mariant. Mais cette opinion a été depuis longtemps unanimement abandonnée.

2. Pothier, *Contrat de mariage*. n° 422.

tions que soulève cette opinion, l'adoption possible, car entre elle et la légitimation existe une différence essentielle. L'enfant adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant. Il n'a donc aucun droit à y exercer¹. L'enfant légitimé, au contraire, y exerce tous les droits d'un enfant légitime.

CHAPITRE I

Conditions de la légitimation.

Elles sont au nombre de deux que nous allons rapidement examiner. Ce sont la formalité de la reconnaissance et le mariage subséquent.

§ 1. — *De la reconnaissance.*

Dans l'Ancien Droit, le mariage subséquent produisait de plein droit la légitimation². Le code civil

1. Il acquiert cependant des droits à la succession de l'adoptant, mais celui-ci ne succède pas à l'adopté. D'autre part, aucun lien de parenté ne s'établit entre l'adopté et la famille de l'adoptant, ni entre l'adoptant et les parents de l'adopté; par conséquent, ni le droit aux aliments, ni le droit de succession n'existent entre ces différentes personnes.

2. « *La légitimation des enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu avant leur mariage, dit Pothier, se fait par la*

exige de plus la reconnaissance (art. 331) afin que la filiation de l'enfant soit établie d'une façon certaine à l'égard des deux auteurs. (L'origine historique de cette formalité, au moins au regard de la maternité naturelle peut être trouvée dans un édit d'Henri II de février 1556 qui ordonnait aux filles-mères une déclaration de grossesse, afin d'éviter les infanticides. Plus tard, ces « déclarations de grossesse », devenues facultatives, furent considérées comme prouvant la maternité)¹.

Peu importe le genre de reconnaissance, qu'elle soit volontaire ou forcée (Dans ce dernier cas, il semble que le jugement doit intervenir avant le mariage).

Nous ne parlerons ici ni des formes de la reconnaissance, ni des officiers publics compétents pour la recevoir. L'étude de ces règles nous paraît en effet dépourvue d'intérêt pratique. Disons seulement que la reconnaissance est un acte individuel, déclaratif et formaliste. De ce dernier caractère il résulte que seuls les officiers de l'état civil, les notaires, et les juges peuvent la recevoir.

Nous examinerons seulement qui peut faire la reconnaissance et quand elle doit être faite.

seule force et efficace du mariage que leurs père et mère contractent; il n'est donc pas nécessaire que le consentement des père et mère intervienne pour cette légitimation; il n'est pas en leur pouvoir de priver leurs enfants du droit que la loi leur donne, par l'effet qu'elle donne au mariage de leurs père et mère de les légitimer. » (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 422.)

1. Colin et Capitaut, t. I, p. 275, 1^{re} édit.

I. — QUI PEUT FAIRE LA RECONNAISSANCE ?

La reconnaissance est l'aveu d'un fait personnel à celui dont elle émane. Elle ne peut donc être faite que par le père ou la mère, ou leur mandataire, muni d'une procuration spéciale et authentique.

La capacité de contracter n'est pas exigée pour reconnaître un enfant naturel. La reconnaissance pourra donc être faite par tous les incapables, mineur même non émancipé¹, prodigue, fou, interdit, mais pour ce dernier, dans un intervalle lucide seulement, car d'après la jurisprudence, la seule condition exigée est l'aptitude naturelle à savoir ce que l'on fait. Et nous donnons cette opinion pour l'interdit, en dépit de l'article 502 du code civil qui déclare nuls tous les actes passés

1. Le Code civil n'a pas fixé d'âge minimum pour la reconnaissance. Est-ce une lacune ? Non ; la fixation de cet âge aurait été des plus difficiles, car on peut voir, suivant les différentes régions de la France, des cas plus ou moins précoces de puberté, soit masculine, soit féminine. Les tribunaux se sont en conséquence toujours reconnu un pouvoir absolu d'appréciation en cette matière. (Voir en dernier lieu un jugement de la 1^{re} Chambre du tribunal civil de la Seine du 18 janvier 1919. *La loi*, numéro des 18, 19 et 20 mai 1919). (Voir également Douai, 6 juin 1851, D. 1852. 2. 221 ; Rennes, 8 mars 1882. D. 84. 1.386 ; Bruxelles, 3 décembre 1892, *Pasicrisie belge*, 1894, 3. 127 ; Bruges, 9 janvier 1900, *Pasicrisie belge*, 1900. 3. 299 ; Liège, 3 décembre 1902, *Pasicrisie belge*, 1903, 3. 337.

Le 3 octobre 1918, M. Georges Desplas, député de la Seine, a déposé une proposition de loi où il demande qu'il y ait au moins 14 ans de différence entre l'âge du père et celui de l'enfant (Séance du 3 octobre 1918, session ordinaire. *J. off.* du 19 octobre 1918. *Doc. parl.* Chambre, Annexe n° 5033, p. 1216).

postérieurement à l'interdiction. Car, à défaut de ce moyen, comment constater la paternité ou la maternité naturelle de l'interdit ?

L'article 337 du code civil permet à la femme mariée sans qu'elle ait besoin d'aucune autorisation, soit maritale, soit de justice, de reconnaître un enfant naturel qu'elle aurait eu avant le mariage d'un autre que de son mari.

Un étranger peut en France, reconnaître un enfant naturel si la loi nationale qui règle sa capacité ne s'y oppose pas; et si plus tard il y a mariage subséquent, la légitimation en sera la conséquence (Orléans, 17 mai 1856, D. 1856. 2. 154 et sur pourvoi Cass. 23 novembre 1857, D. 1857. 1. 423).

La reconnaissance, nous le répétons, est un acte personnel qui n'a donc d'effet qu'à l'égard de celui de qui elle émane. L'indication de l'autre auteur de l'enfant ne produit aucun effet, parce que la reconnaissance est un aveu, et que l'aveu est personnel. Il y a cependant une exception à cette règle. Elle est contenue dans l'article 336 du code civil¹. Nous laisserons cet article en dehors de notre travail, afin de limiter notre sujet.

II. — QUAND DOIT ETRE FAITE LA RECONNAISSANCE ?

La reconnaissance, nous l'avons vu, est un aveu de la

1. Art. 336 : « *La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père* ».

part des père et mère. Le législateur de 1804 exige que la reconnaissance, qui constitue cet aveu, soit faite *avant le mariage* ou au plus tard *dans l'acte même de célébration* (art. 331.) Il a craint une collusion frauduleuse entre les époux qui auraient légitimé *pendant le mariage* un enfant qui leur aurait été étranger ou au moins à l'un d'entre eux, en éludant les conditions assez sévères dont la loi a entouré l'adoption. Comme le déclarait Bigot-Préameneu : « La loi ne peut laisser aux époux la faculté de s'attribuer des enfants par leur consentement mutuel; les familles ne doivent pas être dans une continuelle incertitude. » Ce serait disait également le Premier Consul, « créer des enfants par consentement mutuel »¹.

La filiation de l'enfant doit donc être établie légalement vis-à-vis des père et mère lors du mariage, pour que la légitimation se produise.

Qu'arrivera-t-il si la reconnaissance ne se produit que *post nuptias* ? Si elle est volontaire, elle a pour effet et tout le monde est d'accord sur ce point, de conférer seulement à l'enfant la condition socialement inférieure d'enfant naturel reconnu (art. 333, 337, 338).

Mais que décider de la reconnaissance forcée après le mariage ? L'enfant se trouvera-t-il légitimé ? La doctrine est divisée sur ce point. Certains auteurs²

1. Séance du Conseil d'État, du 24 Brumaire an X, Locré, t. III.

2. Duranton, III, n° 180. Dans le même sens Demolombe, t. II, p. 10, n° 57 *bis*, VII.

admettent l'affirmative par un effet rétroactif du jugement déclaratif de la reconnaissance. Ils soutiennent que si la légitimation n'est pas admise dans ce cas, on prive d'un bienfait de la loi des enfants qui auraient pu être légitimés et auxquels la reconnaissance fera souvent défaut, soit que les père et mère aient été retenus par un sentiment de prudence mal entendu, soit parce qu'ils croyaient, la reconnaissance inutile et que le mariage à lui seul entraînait de plein droit la légitimation. On ajoute qu'aucune fraude n'est à craindre puisqu'il y a jugement.

Cette doctrine doit, croyons-nous, être repoussée. Si le jugement de reconnaissance *post nuptias* devait produire la légitimation, pourquoi la reconnaissance volontaire survenant dans les mêmes conditions ne la produirait-elle pas ? Et cette dernière solution est impossible à admettre, car ce serait la violation de l'article 331 du Code civil. De plus, est-il certain qu'il n'y ait pas de fraude à craindre, parce qu'il y a jugement ? Une collusion entre les parties peut toujours se produire, Et en dernier lieu, la reconnaissance forcée ne porte-t-elle pas à croire que les parents ne voulaient pas reconnaître volontairement leur enfant ? Et s'ils ne voulaient pas le reconnaître, c'est donc qu'ils ne voulaient pas le légitimer.

Nous concluons donc que le jugement de reconnaissance forcée devra, comme la reconnaissance volontaire, être antérieur au mariage pour entraîner la légitimation.

Pour éviter cette conséquence si rigoureuse de notre droit, la jurisprudence a fait des efforts. Le cas suivant se présentait assez souvent. Des concubins croyaient légitimer par leur mariage leurs enfants non reconnus. Avertis par l'officier de l'état civil, ils faisaient alors une double reconnaissance. Mais il était trop tard, si l'on prenait l'article 331 à la lettre. La cour de cassation¹ a admis cependant la légitimation dans ce cas parce que, dit-elle, l'acte de reconnaissance, même séparé matériellement de l'acte de mariage, *forme avec lui un tout indivisible* qui fait considérer l'enfant comme reconnu dans l'acte de mariage. Cette jurisprudence, évidemment louable dans son esprit, viole très certainement la loi, car elle aboutit à la légitimation d'enfants reconnus *post nuplias*.

Mais si la reconnaissance existe, peu importe le moment où elle a été faite. Elle peut l'être au moment de la conception de l'enfant en vertu de l'adage bien souvent cité : *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodo ejus agitur*. L'article 334 *in fine* ainsi conçu : « lorsqu'elle (la reconnaissance) ne l'aura pas été dans son acte de naissance », n'y met pas obstacle. Cette solution ne fait aucun doute en ce qui concerne la mère. Mais le père peut-il faire une semblable reconnaissance ? Aucune disposition législative ne s'y oppose. La jurisprudence l'admet² sauf la faculté reconnue au père

1. Cir. 27 décembre 1905. D. P. 1906. 1. 185, note de M. Binet.

2. Voir notamment Req. 2 janvier 1895. D. P. 1895, 1. 367.

d'attaquer cette reconnaissance conformément à l'article 339.

La reconnaissance (et la légitimation) d'un enfant naturel décédé est possible s'il laisse des descendants et dans ce cas elle leur profite (Art. 332). Mort sans postérité, elles deviennent impossibles, car il est manifeste que c'est le désir de s'assurer une succession étrangère qui a poussé les parents à cette reconnaissance tardive.

§ 2. — *Du mariage.*

Le mariage doit être régulier, c'est-à-dire contracté suivant les formes et les conditions de fond imposées par la loi. Il doit de plus être célébré postérieurement à la naissance de l'enfant. Cette dernière règle est la conséquence des expressions *nés hors mariage et mariage subséquent* employées par l'article 331.

Les mariages secrets et les mariages célébrés *in extremis* étaient dépourvus de tous effets civils par l'ancien droit¹. Ils ne légitimaient donc pas les enfants. Le code civil dans le projet primitif voulait maintenir la même solution, mais sur les observations de Berlier, l'article fut supprimé. Les mariages *in extremis* ainsi que les mariages secrets sont valables aujourd'hui et produisent par conséquent tous les effets civils qui y sont attachés par la loi. Ils légitiment notamment les enfants reconnus.

Les articles 201 et 202 décident que le mariage annulé

1. Edit de mars 1697 et ordonnance de 1639 (art. 6).

produit néanmoins les effets d'un mariage valable, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Qu'est-ce à dire ? Les enfants issus de ce mariage seront-ils légitimés ? En ce qui concerne les enfants naturels simples, nous croyons que la question ne peut faire doute, quoiqu'on l'ait contesté¹. On a dit que la légitimation ne peut avoir lieu dans ce cas, car un mariage irrégulier ne peut produire plus d'effets qu'un mariage valable. Mais cette objection ne tient pas, à notre avis, devant les termes généraux de la loi qui dit formellement qu'en cas de mariage putatif, les effets civils du mariage se produisent. L'article 201 n'apporte donc aucune restriction aux effets du mariage. Tous doivent se produire (et la légitimation en est un des plus importants; c'est celui qui a sans doute poussé les auteurs de l'enfant à se marier). Si cet effet ne se produisait pas, la théorie du mariage putatif perdrait une de ses principales raisons d'être.

Une autre objection a été faite. Elle est tirée de l'opposition qui semble exister entre les articles 201 et 202. L'article 202 ne vise que les enfants *issus du mariage*. Les enfants nés antérieurement sont donc exclus par le législateur lui-même. Nous répondrons que l'article 201 vise les effets généraux du mariage putatif. L'article 202 a un but spécial. Il est dirigé contre l'époux de mauvaise foi et non contre les enfants. Et puis, un mariage valable légitimerait les enfants nés antérieurement à ce mariage. Le mariage putatif

1. Planiol, I, n° 1109, p. 362, 6^e édit.

doit produire le même effet, car la bonne foi des époux ou de l'un des deux le fait assimiler à un mariage valable. La bonne foi couvre toutes les irrégularités. Les enfants nés antérieurement au mariage sont donc légitimés en cas de mariage putatif¹.

La question devient plus délicate lorsqu'il s'agit d'enfants incestueux ou adultérins, car le code civil prohibe la légitimation de ces enfants.

MM. Colin et Capitant admettent ici encore la légitimation des enfants. D'après les savants professeurs, c'est la conséquence de ce fait que la bonne foi régularise toutes les situations. Nous croyons qu'il est difficile d'aller aussi loin. En effet, un mariage putatif peut et doit produire tous les effets d'un mariage valable, mais il ne peut en produire davantage. Or, les enfants adultérins ou incestueux ne seraient pas légitimés par un mariage valable (l'art. 335 s'y oppose) même si les époux étaient de bonne foi au moment de la conception.

CHAPITRE II

Quels enfants peuvent être légitimés ?

Nous le savons. Ce sont seulement les enfants naturels simples (art. 331). Pour apprécier la qualité d'un

1. En ce sens, Colin et Capitant, t. I, p. 189 et 190, 2^e édit.

enfant illégitime, pour savoir s'il est naturel simple, adultérin ou incestueux, il faut se reporter à l'époque de sa conception; il faut rechercher quelle était la nature du commerce de ses parents, lors de la procréation, et suivant la situation dans laquelle ils se trouvaient alors, on reconnaîtra à l'enfant naturel une des trois qualités ci-dessus énoncées. Nous savons que la loi suppose que la durée la plus courte de la gestation est de 180 jours (art. 312, 313, 314) et la plus longue de 300 jours (art. 312, 313, 315). La conception de l'enfant se place donc dans l'intervalle de 120 jours compris entre le 180^e et le 300^e jour avant sa naissance.

SECTION II

Situation faite par le Code civil aux enfants adultérins et incestueux.

CHAPITRE I

Définition des enfants adultérins ou incestueux.

Nous savons ce que sont les enfants naturels simples. Ce sont ceux qui sont *conçus* des relations entre un homme et une femme non mariés et non parents ni alliés au degré prohibé. Demandons-nous maintenant ce que sont les enfants incestueux et adultérins.

Qu'est-ce qu'un enfant incestueux ? C'est l'enfant *conçu* d'auteurs qui ne peuvent contracter mariage parce qu'ils sont parents ou alliés.

L'enfant adultérin ? C'est l'enfant *conçu* d'auteurs dont l'un ou tous les deux étaient engagés dans les liens d'un précédent mariage au moment de sa conception. Dans le premier cas, l'un des auteurs est libre. L'adultère est simple ; il est double dans le second, les deux auteurs étant mariés.

La question s'était posée de savoir si c'était au moment

de la naissance ou de la conception qu'il fallait apprécier le vice d'adultérinité. La Cour de cassation décide que c'est à l'époque de la conception¹. La conséquence de cette solution sévère, contraire à la règle *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur*, est la suivante. Un enfant naît à une époque où le mariage d'un de ses auteurs est dissous. Il ne pourra être légitimé parce qu'à l'époque de sa conception, cet auteur était marié.

Donc, l'enfant est adultérin ou non selon que sa conception se place antérieurement ou postérieurement à la dissolution du mariage.

CHAPITRE II

Le Code civil défend la preuve légale de la filiation adultérine ou incestueuse. — Etendue et sanction de cette interdiction.

Le législateur de 1804 veut tenir caché le désordre de parents qui dans l'inceste commettent une faute contre la morale et un délit pénal dans l'adultère (art. 337, 338, 339, code pénal).

1. Civ. 25 juin 1877 (D. P., 1878, 1. 262); Civ. 7 juillet 1910 (*Gazette du Palais*, 27 juillet 1910).

La conséquence de cette idée est la rédaction des art. 335 et 342 du code civil qui interdisent, le premier la reconnaissance volontaire, et l'autre la recherche de la paternité ou de la maternité adultérine ou incestueuse.

*
* *

L'article 335, corollaire de l'ancien article 331 : « *Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin...* », prohibe, comme nous venons de le voir, reconnaissance adultérine ou incestueuse. Une reconnaissance faite dans de semblables conditions est donc frappée de nullité absolue. Car il s'agit certainement ici d'une disposition de la loi tenant à l'ordre public. L'officier public doit certainement refuser son concours à l'établissement d'une semblable reconnaissance, mais comment sera-t-il renseigné sur le caractère adultérin ou incestueux de la filiation ? La reconnaissance peut en effet être simple ou double. Simple, son auteur peut indiquer ou non l'autre auteur de l'enfant. Double, elle peut être faite par actes séparés ou dans un acte commun.

Nous n'étudierons pas ces différentes hypothèses qui, finalement, nous entraîneraient trop loin. Nous retiendrons seulement que l'officier public devra refuser son concours toutes les fois que la preuve d'une filiation incestueuse ou adultérine résultera nettement des circonstances.

Mais que décider si en fait une semblable reconnaissance a été reçue ? Etant légalement impossible, elle ne pourra nuire ni profiter à l'enfant.

. . .

Nous savons que le code civil admet la recherche de la maternité et en cas d'enlèvement seulement, celle de la paternité (art. 340 et 341¹). Une reconnaissance forcée entraînera donc légitimation si elle est suivie d'un mariage.

La recherche de la filiation adultérine ou incestueuse est au contraire formellement interdite par l'article 342 tant au profit de l'enfant que contre lui.

Les tribunaux apprécieront souverainement les hypothèses d'où résultera le caractère adultérin ou incestueux de cette filiation. Nous remarquerons que l'action en désaveu n'est pas une dérogation à l'interdiction de la recherche de la maternité adultérine puisque c'est dans la loi qu'est puisé le droit d'exclure un enfant de la famille légitime².

Ainsi selon le vœu de la loi, l'enfant incestueux ou adultérin restera étranger à ses père et mère, parce que sa filiation légale ne pourra pas être établie, sauf dans certains cas que nous allons examiner dans le chapitre suivant.

1. La loi du 16 novembre 1912 a considérablement augmenté les cas où la recherche de la paternité est autorisée.

2. Cass. 11 avril 1854, D. 54. I. 92.

CHAPITRE III

N'y a-t-il pas des cas où, exceptionnellement, la filiation adultérine ou incestueuse se trouvera établie ?

Il y a des hypothèses, où malgré la défense de la loi, la filiation adultérine ou incestueuse va être consacrée. Ce sera la conséquence de décisions judiciaires ayant acquis l'autorité de la chose jugée. Ces hypothèses sont au nombre de cinq. La première est relative au désaveu. Nous verrons ensuite les conséquences qui résultent de l'annulation de mariages contractés de mauvaise foi. Le quatrième cas est prévu par l'article 325 du code civil. Enfin la filiation adultérine ou incestueuse peut se trouver abusivement, mais régulièrement établie.

1^{er} cas. — C'est celui du désaveu. C'est certainement le plus fréquent. Nous étudierons les conditions d'exercice de cette action lorsque nous nous occuperons de la légitimation des enfants adultérins d'après la loi de 1907. Disons seulement maintenant que le jugement qui prononce le désaveu après une instance dirigée par le mari ou ses héritiers contre l'enfant né 300 jours après le mariage consacre légalement sa filiation adultérine. Cette filiation résultera en effet du rapproche-

ment entre le jugement de désaveu et l'acte de naissance qui déclare l'enfant légitime. Ce n'est d'ailleurs qu'à l'égard de la mère qu'est établie la filiation adultérine. Légalement, l'enfant n'a pas de père.

L'autorité de la chose jugée n'aura lieu qu'entre les intéressés, parties au procès, car la loi a déterminé limitativement les personnes qui peuvent y être représentées. A l'égard de ces personnes, l'enfant sera adultérin. A l'égard de ceux qui n'y seraient pas intervenus, l'enfant sera légitime.

Il y a aussi le désaveu de l'article 314. Il ne présente aucune difficulté, car l'enfant désavoué dans ce cas est toujours naturel simple. Il peut par conséquent être légitimé.

2^e Cas. — Un mariage est contracté de mauvaise foi par les deux époux¹. Plus tard il est annulé pour bigamie. (art. 184). L'enfant né de ce mariage est légalement adultérin. Est-ce sûr ? Il n'y a pas eu mariage et la théorie du mariage putatif ne peut même pas être appliquée, puisque par hypothèse il y a eu mauvaise foi de la part des deux auteurs. Les présomptions de paternité de l'article 312 et de fidélité, qui n'existent qu'avec la mariage ne peuvent donc s'appliquer. Nous décidons en conséquence que la filiation de l'enfant ne sera pas établie. Ce sera un enfant né de père et mère inconnus.

1. La mauvaise foi consiste dans la connaissance par les époux d'une cause d'invalidité du mariage.

3^e *Cas.* — Un mariage incestueux est contracté de mauvaise foi¹. Il est annulé (art. 161-162). La filiation incestueuse en résultera. Pour les mêmes raisons que celles indiquées au cas précédent, il nous semble difficile d'admettre cette solution. Nous dirons ici encore que c'est un enfant né de père et mère inconnus.

4^e *Cas.* — C'est l'hypothèse prévue par l'article 325. La filiation maternelle de l'enfant étant prouvée, le mari de la mère peut établir qu'il n'en est pas le père. De cette preuve résultera la filiation adultérine de l'enfant vis-à-vis de la mère. Quel est le caractère de la contestation opposée par le mari? M. Planiol² soutient qu'il y a ici une dérogation aux règles concernant le désaveu. C'est une action en contestation de légitimité ouverte à toute personne intéressée. MM. Colin et Capitant au contraire³ n'y voient qu'une variété de désaveu. Nous verrons plus loin ce qu'il faut en penser.

5^e *Cas.* — Par une erreur de droit ou de fait, la filiation adultérine ou incestueuse a été consacrée par un jugement passé en force de chose jugée. Cette filiation, quoique abusivement produite n'en est pas moins légalement établie⁴.

1. V. la note de la page précédente.

2. Planiol. I. n° 1459 et 1463, 4^e édit.

3. Colin et Capitant, I, p. 278 et 279, 2^e édit.

4. Cass. Req. 12 décembre 1854. S. 55. 1. 593; Cass. Req. 3 août 1908, D. P., 1909, 1. 48.

CHAPITRE IV.

La légitimation des enfants adultérins ou incestueux.

L'étude de la filiation adultérine ne nous retiendra pas longtemps, mais nous consacrerons une étude plus approfondie à la filiation incestueuse, car nous aurons à signaler l'œuvre de la jurisprudence antérieure à la loi de 1907. Puis nous dirons quelques mots de la situation de l'enfant né moins de 180 jours depuis le mariage.

§ 1. — *Légitimation des enfants adultérins.*

La légitimation leur est refusée par la doctrine et la jurisprudence¹, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux dont la filiation est indirectement mise au jour et ceux dont la filiation n'est pas légalement établie. L'article 331 interdit la légitimation des premiers et l'article 335 défend la reconnaissance des seconds. Et la reconnaissance est la condition première et indispensable de toute légitimation. Nous avons vu qu'à notre sens, le mariage putatif lui-même ne pourrait pas légitimer les enfants adultérins.

1. Cass. Req. 14 février 1857. S. 57. 1. 779. Cet arrêt permet même à tout intéressé de se prévaloir de l'adultérinité de l'enfant.

§ 2. — *Légitimation des enfants incestueux.*

Un enfant naît hors mariage de rapports entre personnes qui ne pouvaient se marier pour cause de parenté ou d'alliance. Plus tard, le mariage est célébré, car une dispense a été obtenue du chef du gouvernement. Est-ce que ce mariage légitimera les enfants incestueux ?

Remarquons qu'en 1804 la question ne se posait que pour les enfants issus de la tante et du neveu, de l'oncle et de la nièce. La loi du 16 avril 1832 l'a étendu à ceux nés de beaux-frères et belles-sœurs (art. 162, 163, 164)¹.

Dans une première opinion², la légitimation est admise et on invoque les arguments suivants. C'est tout d'abord l'autorité de l'Eglise.

« Le droit canonique est à cet égard certain, disent les partisans de l'affirmative. La légitimation a lieu dans ce cas, *par le double effet rétroactif : d'abord des dispenses*, qui mettent les père et mère de l'enfant au même état que si jamais l'empêchement de mariage n'eût existé entre eux; *et ensuite du mariage lui-même*, qui est réputé avoir été déjà dans leur vœu, dans leur

1. L'empêchement au mariage entre beaux-frères et belles-sœurs n'existe plus aujourd'hui, sauf en cas de divorce (art. 162, modifié par la loi du 1^{er} juillet 1914, et art. 164).

2. Demolombe, V. n^{os} 352 à 356. Demolombe expose les deux opinions et se prononce dans le sens de la négative. Dans le sens de l'affirmative, voir Colin et Capitant, t. 1, 2^e édit., p. 307.

projet, au moment où, par anticipation, ils ont cédé à l'entraînement de leur passion. »

Le code civil a-t-il voulu rompre avec cette tradition ? Oui, à s'en tenir à la lettre de l'article 331. Mais le premier projet de code civil n'excluait pas les enfants incestueux de la légitimation. Ce n'est que sur le vœu du Tribunat de prohiber leur reconnaissance que Bigot-Préameneu fit subir une modification aux articles 331 et 335. Or la modification de l'article 331 n'avait pas été demandée. Cela ne prouve-t-il pas que le législateur voulait simplement prohiber leur reconnaissance et non pas leur légitimation ?

On invoque en dernier lieu des considérations d'humanité et de morale. On s'indigne à l'idée du scandale qui résulterait à voir sous le même toit deux catégories d'enfants, les uns incestueux et les autres légitimes, les uns privés de tous droits et les autres préférés, alors « que les enfants nés du mariage devront presque toujours leur légitimité aux enfants mêmes nés avant le mariage, et dans l'intérêt desquels les père et mère se sont mariés. »

Malgré ces arguments qui ont trouvé grâce devant la jurisprudence de la cour de cassation, nous ne pouvons admettre une pareille solution¹. Ce serait, à notre avis, donner à l'article 331 un sens qu'il n'a pas. Les termes de la loi sont formels. Les enfants incestueux sont exclus de la légitimation. Le code civil s'est donc montré plus rigoureux que l'ancien droit.

1. Dans le même sens, Demolombe, V, n° 354 à 356.

Le reproche fait à Bigot-Préameneu nous paraît peu fondé. Il était naturel que la correction de l'article 335 amenât celle de l'article 331, puisque la reconnaissance est la condition première et indispensable de toute légitimation.

Quand aux considérations d'humanité et de justice, elles n'ont pour nous aucune valeur, car elles se heurtent aux termes précis de la loi.

« Tel me paraît être le sens nécessaire de l'article 331, dit pour conclure M. Demolombe¹, et je ne saurais concéder à MM. Duranton et Dalloz qu'une décision judiciaire qui admettrait la légitimation d'un enfant incestueux, ne serait pas probablement cassée; je suis très convaincu qu'elle devrait l'être, tant que le législateur lui-même n'aura pas modifié les articles 331 et 335. »

Qu'a fait la jurisprudence ? Par un arrêt du 22 janvier 1867², la cour de cassation, adoptant les arguments de la doctrine favorable à la légitimation, admet elle-même cette légitimation en faveur de tous enfants incestueux. Elle l'accorde également aux enfants nés antérieurement à la loi du 16 mars 1832, de relations entre beaux-frères et belles-sœurs en concluant à l'effet rétroactif de cette loi.

Nous n'admettons pas cette solution qui est, à notre avis, contraire aux termes formels de la loi, et qui aboutit à supprimer dans l'article 331 le mot *incestueux*.

1. Demolombe, V, n° 355.

2. Civ. 22 janvier 1867, D. P., 1867, I. 5.

Pour que l'article 331 ait un sens, il faut en effet qu'il prohibe la légitimation des enfants dont les auteurs peuvent se marier avec dispense. S'il ne visait que les enfants nés d'auteurs dont le mariage est impossible, il n'aurait aucune raison d'être, car l'impossibilité de légitimation résulterait suffisamment de cet empêchement. La cour de cassation, dans un but humanitaire, très louable sans doute, n'a pas interprété la loi comme son rôle le lui assignait. Elle l'a refaite et nous appuyons notre opinion d'un motif qui nous semble décisif; à plusieurs reprises, on proposa de modifier cet article pour le mettre d'accord avec la jurisprudence, mais toujours ces propositions furent écartées comme étant inutiles. Ce n'est qu'en 1907 que cette réforme fut opérée.

§ 3. — *Situation de l'enfant
né moins de 180 jours depuis le mariage.*

Quel est l'état d'un enfant conçu avant le mariage de ses auteurs et né au cours de ce mariage ? Naîtra-t-il légitime ? Dans ce cas, l'action en désaveu peut seule l'écarter de la famille. Naîtra-t-il au contraire légitimé par le mariage subséquent de ses auteurs ? Chaque fois alors que sa conception apparaîtra viciée et mettant par conséquent obstacle à sa légitimation, sa filiation incestueuse ou adultérine pourra se trouver établie par

l'exercice d'une action en contestation de légitimité dirigée contre lui.

Nous ne nous étendrons pas sur les controverses auxquelles a donné lieu cette question. Disons seulement que l'article 314 en fait un enfant du mari en étendant à ce cas la règle *pater is est*...

Nous remarquerons alors que, dans les hypothèses où la légitimation est impossible, la filiation maternelle de l'enfant sera seule établie, car la présomption de paternité du mari disparaît. Ce sera un enfant naturel simple.

Remarquons encore la différence importante qui existe entre les enfants nés hors mariage et ceux nés avant le 180^e jour depuis sa célébration. La reconnaissance n'est pas exigée pour ces derniers, puisque leur maternité est certaine et que la loi établit à leur égard une présomption légale de paternité.

La question ne prête plus aujourd'hui à controverse. La loi du 7 novembre 1907 fait de cet enfant un enfant légitime même si sa conception est viciée. En effet, aucune difficulté ne se présente pour l'enfant incestueux puisque le mariage de ses auteurs contracté avec dispense l'aurait légitimé s'il était né avant le mariage. Pour l'enfant adultérin, pas de difficulté non plus, puisque pourra être légitimé tout enfant adultérin dont les auteurs pourront se marier au moment de sa naissance. Sera donc légitime l'enfant adultérin conçu antérieurement au mariage et dont les auteurs seront mariés au moment de sa naissance. La loi du 30 décembre 1915 a consacré la même solution.

CHAPITRE V

Projets de modifications aux dispositions du Code civil relatives à la légitimation des enfants adultérins et incestueux.

De bonne heure, la théorie du Code eut à subir l'assaut des littérateurs et des philosophes¹. Ceux-ci s'efforcèrent de démontrer l'injustice de la société envers ceux que l'on nommait les bâtards, innocentes victimes des fautes de leurs parents. Bornons-nous à signaler cette phrase typique d'Emile de Girardin² : « Est-ce que cette flagrante inégalité peut longtemps subsister là où l'égalité politique a triomphé ? Est-ce que l'enfant de la nature est d'essence inférieure à celui de la loi ? »

En 1872 et en 1897, on avait tenté de faire consacrer législativement l'innovation jurisprudentielle sur la légitimation des enfants incestueux, mais, nous l'avons vu, ces propositions furent écartées, comme inutiles, la solution qu'elles voulaient consacrer paraissant certaine.

En 1890, s'inspirant visiblement de la thèse égalitaire émise par les littérateurs et les philosophes, un projet de loi de MM. Chiché, Aimel et Jourde consacre l'égalité

1. Voir notamment Alexandre Dumas fils, *Le fils naturel*.

2. Girardin, *Questions philosophiques*, rapporté par Coulon, p. 20.

des droits entre enfants naturels simples, incestueux et adultérins¹.

Le projet de loi le plus intéressant est certainement celui qui fut déposé le 12 mai 1891 par M. Pontois. Il demande tout d'abord la répression pénale de l'inceste à l'égal de l'adultère. Il n'apporte ensuite aucun changement à la légitimation des enfants naturels simples.

Le point le plus important est le suivant :

Impossibilité de reconnaissance des enfants incestueux toutes les fois que le mariage ne peut être célébré, et des enfants adultérins, lorsqu'ils doivent se trouver en concurrence avec des enfants légitimes. Si le mariage peut avoir lieu ou s'il n'existe pas d'enfants légitimes, ils pourront être reconnus dans l'acte de célébration, et même *post nuptias* par acte authentique.

Ce projet améliorait la situation des enfants adultérins et incestueux tout en protégeant les intérêts de la famille légitime. Nous verrons dans quelle mesure ces idées ont inspiré le législateur de 1915.

M. Groussier revient en 1897 à la thèse égalitaire².

Puis le 9 juillet 1902, M. Déjeante dépose un projet dans le même sens.

La loi du 7 novembre 1907, incorporée au code civil, a réalisé la réforme, mais en apportant encore certaines restrictions à la légitimation des enfants incestueux et adultérins, comme nous le verrons bientôt.

1. *Journal officiel, doc. parl.*, Chambre, 1890, p. 1425.

2. *Journal officiel*, 1897, Annexe, *doc. parl.*, n° 2280, p. 267.

PREMIÈRE PARTIE

La légitimation sous la loi du 7 novembre 1907.

SECTION I

Historique de la loi ¹.

Une proposition de loi déposée à la Chambre le 30 novembre 1906 par MM. les députés Viollette et Steeg tendait à supprimer les mots *ou adultérins* du premier paragraphe de l'article 331 du code civil². Quel était le but de ce projet de loi qui, en admettant la légitimation pleine et entière de tous enfants adultérins, semblait les favoriser, puisque les enfants

1. Faisons immédiatement une observation préliminaire. Cette loi n'a pas changé la situation des enfants naturels simples. La législation du code civil continue donc à les régir. La loi du 7 novembre 1907 ne s'occupe que des enfants adultérins et incestueux.

2. *Journal officiel* du 30 avril 1907. *Doc. parl.*, Chambre, Annexe n° 494, p. 203.

incestueux restaient soumis au régime sévère du code civil ?

Mais ceci n'est qu'une apparence. Nous nous souvenons en effet que la jurisprudence admettait déjà la légitimation des enfants incestueux lorsque le mariage était célébré avec dispense. Le projet de loi voulait donc consacrer cette jurisprudence et mettre par conséquent enfants incestueux et adultérins sur un pied d'égalité.

La commission de la Chambre, soucieuse d'éviter toute équivoque, demanda également la suppression des mots *autres que ceux nés d'un commerce incestueux*. Et voici ce que dit M. Viollette à cet égard¹ : « M. Perroche, d'une part, et M. Arthur Groussier d'autre part, demandent à supprimer dans le texte de l'article 331 les mots « autres que ceux nés d'un commerce incestueux. » La commission accepte cet amendement qui ne peut que consacrer la jurisprudence unanime dont il a été tiré argument dans le rapport principal. »

La légitimation des enfants incestueux est donc permise par la loi. (Le Sénat à ce sujet a voté le même texte que la Chambre). Mais quelles sont les conditions de cette légitimation ?

La jurisprudence les ayant fixées, le législateur ne juge pas à propos de les indiquer. N'est-ce pas permettre à l'autorité judiciaire de faire la loi ?

1. Rapport supplémentaire de M. Viollette. *Journal officiel* du 12 mai 1907. *Doc. parl.* Annexe n° 732, p. 107.

Ce point acquis, n'allait-on pas s'occuper des cas où les enfants adultérins pourraient être légitimés par mariage subséquent de leurs parents ?

L'abrogation de l'article 298 du code civil par la loi du 15 décembre 1904 est l'origine de la réforme.

Cet article est ainsi rédigé : « *Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice.* »

Et s'il faut en croire M. le sénateur Lintilhac¹ dans son rapport au Sénat lorsque l'abrogation de cet article fut discutée, cette prohibition était très rigoureusement appliquée.

Des développements du rapporteur il résulte que l'article 298 empêchait les bienfaits que dès 1792 on avait espérer retirer de l'institution du divorce, et que surtout il punissait des innocents de la faute de leurs auteurs, et cette sanction sévère était causée souvent par l'extrême rigueur et l'étendue que la jurisprudence donnait à l'article 298.

Le législateur, ému de cette situation, abrogea donc purement et simplement l'article 298, qu'il nous soit permis de dire en passant qu'il aurait, peut-être été préférable de consacrer législativement la pratique antérieure de certains tribunaux, qui en cas de divorce pour cause d'adultère, désignaient soit nommément le complice, soit seulement par une initiale, laissant ainsi la porte ouverte à un mariage avec lui

1. D. 1905, 4. 28.

Quoiqu'il en soit, c'est dans cette abrogation que puisent MM. Viollette et Steeg pour faire aboutir leur projet. Le mariage avec le complice est désormais toujours possible. Pourquoi les enfants adultérins ne seraient-ils pas légitimés par ce mariage ?

Voici d'ailleurs ce que déclarent dans l'exposé des motifs les auteurs du projet de 1906¹ : « L'exclusion qui atteint ainsi les enfants incestueux et adultérins, et qui n'est d'ailleurs pleinement rigoureuse que pour les enfants adultérins comme nous l'expliquerons plus loin, était dans la logique même du code civil. Elle était notamment tout-à-fait d'accord avec l'article 298 qui interdisait au conjoint divorcé le droit de se remarier avec son complice. La loi partait de ce principe que les relations adultérines ne pouvaient être reconnues en aucune façon et elle se refusait à les sanctionner soit dans les époux, soit dans les enfants.

« Aujourd'hui, au contraire, l'article 298 du code civil est abrogé. La loi admet, dès lors, que des relations qui ont commencé par être adultérines se régularisent. Comment dès lors persister plus longtemps à refuser aux nouveaux conjoints le droit de régulariser la situation de leurs enfants même adultérins, par la légitimation par mariage subséquent ? »

Citons également ce passage significatif² : « Peut-on

1. *Journal officiel* du 30 avril 1907. *Doc. parl.* Chambre, Annexe n° 494, p. 203.

2. *Journal officiel* du 17 février 1907. *Doc. parl.*, Chambre, Annexe n° 629, p. 19.

vraiment dire plus longtemps à ceux à qui nous venons d'ouvrir une possibilité légale de mariage : « Vous, vous pourrez régulariser votre situation, bien que vous ayez été coupables. Mais vos enfants, qui sont innocents, c'est sur eux que la loi va exercer sa vengeance. Aussi, nous, législateurs, nous allons les tenir avec soin hors de la famille que nous vous autorisons à fonder. Ils seront toujours là pour témoigner qu'elle n'est en quelque sorte qu'une famille frappée de déchéance morale. Certes, si vous êtes voleur ou criminel, nous nous efforcerons de voiler le plus possible votre faute. Nous avons voté la loi de sursis et nous entourons par ailleurs la communication du casier judiciaire de toutes les garanties possibles de discrétion. Si vous avez eu le bonheur d'avoir un commerce adultérin stérile, ce sera également pour le mieux, n'avons-nous pas abrogé l'article 298 ? Mais si par malheur vous avez eu un enfant, il restera là toute votre vie dressé devant vous et le nom qu'il portera apprendra à tous les raisons pour lesquelles il est votre enfant suivant la nature sans pouvoir l'être suivant la loi ? » Un tel système est donc un véritable encouragement à l'infanticide ou à l'abandon des enfants adultérins.

« Il ne se trouvera personne d'assez candide pour soutenir qu'accorder la légitimation par mariage subséquent des enfants adultérins, serait pousser au développement des relations adultérines. Si l'argument a en soi une valeur, c'est lors de l'abrogation, de l'article 298 qu'il eût été opportun de le produire,

et si à ce moment il a déjà paru puéril et vain, à plus forte raison ne peut-il nous arrêter une seconde.

« Il ne se formera avec notre texte ni plus ni moins de relations adultérines qu'avant. Le but des unions de cette nature est beaucoup moins le désir de fonder une famille que de satisfaire aux élans de la sympathie et de l'affection ou à l'entraînement des sens. On peut affirmer que d'une façon presque unanime les enfants y sont plus appréhendés que désirés. C'est à notre sens une raison de plus d'ailleurs pour ne pas, par une législation d'une rigueur inadmissible, aggraver encore les raisons qui y font, en général, redouter par-dessus tout la présence des enfants.

« Mais si, malgré tout, le couple adultérin a des enfants, dans quelle situation vraiment atroce place-t-on les parents le jour où il leur sera permis de régulariser leur situation ! Ils auront le choix entre trois solutions : renoncer à profiter des facilités que la loi leur accorde et maintenir une situation irrégulière que le législateur n'a vraiment pas intérêt à encourager, se résigner à écarter d'eux leurs enfants, ou accepter les risques d'une situation qui fera l'amertume de leur vie et empoisonnera leur existence. De toute façon, c'est un problème véritablement poignant qu'ils auront à résoudre. A notre avis, il n'est pas bon que la loi place le citoyen dans cette alternative : faire son devoir, mais pour faire son devoir, sacrifier ses intérêts les plus légitimes. »

Nous admirons les nobles sentiments qui ont inspiré

ces paroles. Il y a en effet une profonde injustice à voir des enfants légitimes nés après le mariage de leurs parents adultères ou incestueux obtenir tous les droits et en exclure leurs aînés parce que ceux-ci sont adultérins ou incestueux. Ce serait frapper ces enfants-ci d'une flétrissure morale alors qu'ils ne sont pas coupables.

Nous avons vu comment la jurisprudence remédia à ces inconvénients pour les enfants incestueux; mais la légitimation des enfants adultérins résulte-t-elle nécessairement de l'abrogation de l'article 298 ?

C'était l'opinion des auteurs du projet comme nous venons de le voir. Ce fut aussi celle de la majorité de la Chambre. A la séance du 18 février 1907, où fut adoptée la proposition de MM. Viollette et Steeg, M. Perroche exprimant l'opinion presque unanime, s'exprimait ainsi¹ : « Messieurs, l'article 298 du code civil, qui prohibait le mariage « entre l'époux adultère et son complice », a été abrogé par la loi du 15 décembre 1904; il en résulte que ceux-ci peuvent maintenant s'unir légitimement.

« La proposition de nos collègues MM. Maurice Viollette et Steeg a pour but d'étendre cette réforme ou plutôt de *réaliser une de ses conséquences* en permettant au père et à la mère adultérins de légitimer, par mariage subséquent, les enfants nés de leurs relations irrégulières. »

1. *Journal officiel* du 19 février 1907. *Débats parl.*, p. 377 et suivantes.

Et M. Maurice Viollette, dans la même séance, concluait sur cette question par ces mots : « L'abrogation de l'article 298 entraîne fatalement la légitimation des enfants nés de deux personnes qui sont ensuite habilitées par la loi à contracter mariage.

« Puisque, sur cette question capitale, M. Perroche veut bien reconnaître que nous avons pleinement raison, je ne m'attarderai pas plus longtemps à discuter un principe déjà acquis. »

Nous croyons cependant que cette affirmation est erronée. L'abrogation de l'article 298 laisse intacte la prohibition de légitimation des enfants adultérins.

Déjà, sous le code civil, des cas se présentaient où, avant l'abrogation de cet article, le mariage des époux adultères était possible. L'époux coupable pouvait épouser son complice après la mort du conjoint trompé. Ou bien encore, les relations adultérines de l'un des époux sont ostensibles, mais le divorce a été prononcé pour une autre cause. Le mariage avec le complice sera encore possible¹. Dans bien d'autres cas encore, l'article 298 restait lettre morte. Il en était ainsi notamment, nous l'avons vu, quand le tribunal ne désignait le complice de l'adultère que par une initiale. Les enfants issus de ces relations étaient-ils légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs ? Nullement. D'abord, l'article 335 interdisait leur reconnaissance. Et de plus, si la jurisprudence avait considéré

1. Voir notamment Cass. Req. 24 mai 1892. D. P., 93. 1. 412.

que leur cas était semblable à celui des enfants incestueux, elle aurait pu faire fléchir l'article 331. Elle ne l'a jamais fait.

La question dont la solution paraît fatale à M. Violette, se posait donc avant l'abrogation de l'article 298 et la jurisprudence l'avait tranchée dans un sens tout à fait opposé à celui du rapporteur.

Parce que la question se posera maintenant plus fréquemment encore, les raisons qui déterminèrent la jurisprudence changeront-elles ? Nous ne le croyons pas. En effet, la conséquence logique de l'idée que l'abrogation de l'article 298 entraîne la possibilité de légitimer les enfants adultérins, doit être de les appeler tous au bénéfice de la réforme.

En est-il vraiment ainsi ? En aucune façon. La question des enfants adultérins reste entière comme nous le verrons plus loin. L'abrogation de l'article 298 n'a donc pas pour conséquence la légitimation des enfants adultérins.

Le législateur a pris ici un faux point de départ et ce qu'il a cru être une conséquence inévitable de l'abrogation d'un article n'était qu'une illusion.

Au projet était jointe une disposition transitoire qui autorisait pendant 2 ans les auteurs d'enfants adultérins, déjà mariés au moment de la promulgation de la loi, à les reconnaître et à les faire ainsi bénéficier de la légitimation.

Il faut reconnaître que le projet était humain et libéral, mais qu'allait-il devenir devant le Sénat ? Il allait perdre sa simplicité et même sa clarté.

Les membres de la commission sénatoriale vont être frappés des conséquences inacceptables auxquelles conduirait l'adoption du projet voté par la Chambre.

Voici l'objection formulée par M. Chaumié, rapporteur devant la Haute-Assemblée¹ : « Un homme marié entretient à côté de son ménage une liaison illégitime, au cours de laquelle des enfants lui naîtront concurremment de sa femme et de sa maîtresse, et, révélant alors par la légitimation de ses enfants adultérins l'existence de ses relations coupables, en même temps que la date de naissance de ses enfants légitimes atteste la continuité de ses relations conjugales, donne une sorte de consécration légale à l'état de bigamie dans lequel il a vécu.

« Si le texte adopté par la Chambre des députés acquiescerait l'autorité de la loi, rien ne pourrait empêcher de se produire un résultat aussi choquant. Votre commission n'a pas cru devoir vous proposer de l'autoriser. »

En conséquence, le Sénat admettant les arguments du rapporteur, vote un texte restrictif à l'égard des enfants adultérins. (Il admet le même texte que la Chambre en ce qui concerne les enfants incestueux).

La disposition transitoire est adoptée.

Ainsi retouchée, le projet de loi revint à la Chambre. M. Viollette, tout en faisant des réserves², encouragea ses collègues à voter le texte du Sénat « pour ne pas

1. *Journal officiel*, 20 juin 1907. Annexe n° 166, p. 140.

2. Il revint à son projet primitif le 11 novembre 1907. (*J. off., Doc. parl.*, Chambre, Annexe n° 1309, p. 261).

retarder un progrès attendu impatiemment par beaucoup d'intéressés. » Et la Chambre admit ce texte.

Le nouvel article 331 est ainsi conçu : « *Les enfants nés hors mariage pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.* »

« *En ce qui concerne les enfants adultérins, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, et dans l'acte même de célébration, ceux qui seront nés plus de trois cents jours après l'ordonnance du président du tribunal prévue par l'article 278 du code de procédure civile intervenue entre celui de leurs auteurs qui était antérieurement dans les liens d'un précédent mariage et son conjoint, lorsque cette procédure aura abouti à la séparation de corps ou au divorce, ou aura été interrompue par le décès de l'autre conjoint. — L'enfant né pendant le mariage et désavoué par le mari pourra également être légitimé par le mariage subséquent de la mère avec son complice. — Il sera fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.* »

DISPOSITION TRANSITOIRE. — « *Les enfants adultérins se trouvant dans les conditions prévues par la disposition qui précède et dont les père et mère auront contracté mariage avant la promulgation de la présente loi, pourront être de la part de ceux-ci, dans le délai de deux ans*

à partir de cette promulgation, l'objet d'une reconnaissance devant l'officier de l'état civil du domicile des deux conjoints. — Celle reconnaissance emportera légitimation, et mention en sera faite en marge des actes de mariage et de naissance. »

Une question peut encore se poser. Quelle est l'étendue d'application de la loi ? En présence du silence du législateur, la loi du 7 novembre 1907 devait-elle s'appliquer de plein droit à l'Algérie et aux colonies, ou devait-elle y faire l'objet d'une promulgation spéciale ?

Nous n'étudierons pas cette question qui ne présente aujourd'hui, à notre avis, qu'un intérêt tout à fait secondaire, puisque cette loi a été abrogée et remplacée par celle du 30 décembre 1915 dont l'article 5 la rend applicable aux colonies.

SECTION II

Elle comprendra deux chapitres. Dans le premier, nous étudierons la légitimation des enfants incestueux. Le second sera consacré aux enfants adultérins.

CHAPITRE I

**La légitimation des enfants incestueux
sous la loi du 7 novembre 1907.**

La loi du 7 novembre 1907 est ainsi intitulée : « *Loi modifiant l'article 331 du code civil en ce qui concerne les enfants adultérins.* »

Le mutisme du législateur en ce qui concerne les enfants incestueux se comprend aisément. Comme nous l'avons vu, il consacre la jurisprudence antérieure qui autorisait la légitimation de ces enfants.

Par la suppression des mots *autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin*, les enfants incestueux sont assimilés aux enfants naturels simples.

Ainsi, tout mariage, même putatif, contracté avec dispense entre parents ou alliés au degré prohibé légitime les enfants *nés* de leurs relations.

Aucune difficulté par conséquent si l'enfant est simplement conçu au moment du mariage de ses auteurs; il naîtra légitime en vertu de l'article 314.

Mais ce dont le législateur de 1907 ne s'est pas aperçu, c'est l'opposition qui existe entre les articles 331 et 335 lorsque l'enfant incestueux est né au moment du mariage de ses auteurs. Le nouvel article 331 autorise la légitimation des enfants incestueux, mais il exige une reconnaissance soit avant le mariage, soit dans l'acte de célébration. L'article 335 est formel en sens contraire. Il interdit toute reconnaissance d'enfant incestueux. Comment concilier ces deux textes ?

Le 18 février 1907, M. Arthur Groussier avait aperçu la contradiction et il la soulignait en ces termes¹ : « Il résulte de ce texte (le nouveau § 1 de l'article 331) que la légitimation ne peut avoir lieu que s'il y a eu reconnaissance, soit avant, soit au moment du mariage; mais pour cela, il faut que la reconnaissance soit au moins permise dans ce dernier cas pour les enfants incestueux ou adultérins.

« Or, regardons les articles 334 et 335 du code civil :

« Art. 334. — La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance.

« Art. 335. — Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.

1. *Journal officiel* du 19 février 1907. *Débats parl.*, Chambre, p. 382.

« Par conséquent, si vous ne modifiez pas ce dernier article, étant donné que la reconnaissance ne peut jamais avoir lieu lorsque l'enfant est né d'un commerce incestueux ou adultérin, et que la légitimation ne peut être que la conséquence non seulement du mariage des père et mère, mais aussi de la reconnaissance préalable, ou au moins concomitante à ce mariage, vous n'aurez pas résolu la question.

« En s'en tenant aux textes, la légitimation des enfants incestueux ou adultérins ne sera pas plus permise demain qu'hier. »

En conséquence, M. Groussier demandait une modification de l'article 335. Mais l'amendement fut repoussé après les explications fournies par M. Viollette¹ : « La commission ne repousse pas en principe l'amendement ; elle le considère seulement comme inutile.

» Il y a, dans notre code, deux sortes de reconnaissances : celle de l'article 331 qui est la reconnaissance, *fin de légitimation*, et celle de l'article 335, qui est la reconnaissance ordinaire. Nous donnons le droit de reconnaître les enfants adultérins, mais dans le cas de légitimation seulement ; et comme nous laissons subsister l'interdiction de les reconnaître en dehors du mariage, nous laissons subsister l'article 335.

« La preuve, d'ailleurs, que l'article 335 ne constitue pas un obstacle à ce qui est le vœu de la loi que nous vous

1. *Journal officiel* du 19 février 1907. *Débat parl.*, Chambre, p. 382.

demandons de voter, c'est qu'à l'heure actuelle, avec la rédaction même de l'article 335, on arrive à légitimer par mariage subséquent les enfants incestueux, lorsque les dispenses ont été données par le chef de l'État. »

Et cette réponse du rapporteur est en plein accord avec celle qu'il faisait, au début de la même séance, à M. Perroche qui demandait que la reconnaissance des enfants adultérins fût permise, quand leur légitimation était impossible. Nous n'avons pas abrogé l'article 335, dit M. Viollette, pour deux raisons décisives¹ : « La première, c'est que, en réalité, l'abrogation pure et simple de l'article 335 ne résout pas la question de la reconnaissance des enfants adultérins.

« Sans doute, dans le cas où la précédente famille légitime est dissoute par le divorce ou par la mort d'un des conjoints, la reconnaissance des enfants adultérins ne soulève pas d'objection. Il n'en est pas de même, au contraire, si l'on suppose la famille légitime encore existante ; si l'article 335 était purement et simplement abrogé, la reconnaissance des enfants adultérins se trouverait possible, même dans ce cas. »

Quoiqu'il en soit, admettons la distinction : il y a maintenant deux sortes de reconnaissances. Celle à fin de légitimation est seule valable.

Donc, si l'enfant est reconnu par ses deux auteurs dans l'acte même de célébration, il n'y a aucun doute. Cette reconnaissance produira ses effets, car elle a été

1. *J. off.* du 19 février 1907, *Débat parl.*, Chambre, p. 378.

faite en vue de la légitimation autorisée par la loi. Elle est même prévue dans l'alinéa 1 de l'article 331.

Mais que décider de celle qui est faite antérieurement au mariage ? (peut-être quelques jours ou même quelques mois auparavant ?) Peut-on dire qu'elle est faite en vue de la légitimation ?

Il existe entre la jurisprudence antérieure à 1907, qui admettait la légitimation des enfants incestueux, et le nouveau § 1 de l'article 331, une différence capitale que nous sommes obligés d'admettre.

Certes, la jurisprudence, malgré l'article 335, validait la reconnaissance de ces enfants puisqu'elle leur permettait leur légitimation. Mais cette reconnaissance ne pouvait avoir lieu que dans l'acte de célébration. L'article 331, § 1 a donc innové, puisqu'il nous dit en propres termes que la reconnaissance peut être antérieure au mariage.

Donc, voici la formule nouvelle : « Tout enfant né hors mariage de parents ou alliés au degré prohibé est légitimé par l'union de ses auteurs contractée avec dispense, pourvu qu'il y ait eu reconnaissance de leur part, soit dans l'acte de célébration, *soit même avant le mariage*

Nous ferons remarquer, pour renforcer notre opinion la formule employée par le § 2 de l'article 331. S'occupant d'une certaine catégorie d'enfants adultérins, il fait de leur reconnaissance dans l'acte de célébration, comme pour les enfants adultérins désavoués (art. 331, § 3) ainsi que nous le verrons, une condition essentielle de leur légitimation. N'est-ce pas parce que la recon-

naissance des enfants incestueux peut être faite avant le mariage ?

Un enfant incestueux a été reconnu. A quel signe verra-t-on si cette reconnaissance a été faite en vue de la légitimation, tant que le mariage n'aura pas été célébré ?

Voici en effet, quelques difficultés. Tout intéressé peut invoquer l'article 335 pour arguer de la nullité absolue de la reconnaissance. Plus tard, le mariage intervient. Quel sera le sort de cette reconnaissance que l'article 335 frappe de nullité, mais que l'article 331 déclare valable puisqu'elle a été suivie de l'union des auteurs de l'enfant ? Le mariage le fera donc revivre.

Notre première hypothèse peut se compliquer. Un jugement est intervenu prononçant la nullité de la reconnaissance. Le mariage est célébré quelque temps après. Si l'on admet qu'il fait revivre la reconnaissance antérieure, c'est alors le bouleversement de la règle de l'autorité de la chose jugée.

Que décider au cas de reconnaissance unilatérale ? Elle est valable pour une raison qui nous semble décisive. C'est que la filiation incestueuse n'apparaissant pas, cette reconnaissance ressemblera dans la plupart des cas à une reconnaissance d'enfant naturel simple autorisée par la loi en toute circonstance.

Cette reconnaissance est-elle valable, même aux yeux de l'article 335, si l'article 331 ne l'a pas abrogé, au moins en partie, ce que nous verrons un peu plus loin ? En droit, la nullité est incontestable. Mais c'est une nullité de fait qui aurait besoin d'être prouvée pour pouvoir être prononcée.

Une dispense est obtenue et l'auteur de la reconnaissance unilatérale épouse l'autre auteur, qui lui, reconnaît l'enfant dans l'acte de célébration. Y aura-t-il légitimation ? L'article 331 l'admet formellement puisqu'il donne le choix entre la reconnaissance antérieure au mariage ou dans l'acte de célébration. Chaque auteur a choisi le mode qui lui convenait. Mais, dira-t-on, comment admettre la légitimation puisque l'article 335 frappait dès le début de nullité absolue la reconnaissance antérieure ?

Le législateur n'a pas vu ces difficultés. Une solution peut être proposée pour trancher la question. L'article 335 a conservé toute sa force. Les parents devront reconnaître à nouveau leur enfant dans l'acte de célébration, sans considérer la reconnaissance antérieure, qui, malgré l'article 331, reste frappée de nullité absolue.

Cette manière de voir présente pratiquement un grand avantage, mais, à notre avis, elle prête juridiquement à une grave critique. C'est qu'elle ne tient aucun compte de la validité de la reconnaissance antérieure au mariage, innovation réalisée en 1907 par le § 1 de l'article 331.

Pour nous, voici pour trancher ces questions délicates, le criterium que nous proposons : « L'article 335 a été abrogé en partie par l'article 331 nouveau ».

La reconnaissance antérieure au mariage sera valable *toutes les fois que le mariage sera possible*. L'article 331 a abrogé complètement dans ce cas l'article 335. Pour que ce dernier reprenne son empire, il faut que le mariage

ne puisse pas être célébré, soit que l'un des auteurs soit décédé, soit qu'il existât entre les parents un empêchement dirimant qui ne puisse être levé sous aucun prétexte.

Et nous appliquerons notre solution aussi largement que possible. Peu importe le temps écoulé depuis la reconnaissance jusqu'à l'union. Le mariage subséquent la validera et entraînera la légitimation.

Un intéressé invoque l'article 335 pour faire tomber la reconnaissance. Pour que sa demande soit accueillie, il devra prouver l'obstacle matériel ou légal au mariage. Dans tout autre cas, il devra se heurter à une fin de non-recevoir absolue.

Et cette solution présente à notre avis, le grand avantage suivant : C'est qu'elle évite le bouleversement du principe de l'autorité de la chose jugée dont nous parlions tout à l'heure. Un jugement ne pourra pas intervenir tant que le mariage sera possible et il n'y aura pas à se demander ce qu'il vaut mieux respecter, la volonté du législateur ou l'autorité de la chose jugée. Si un jugement intervient annulant la reconnaissance c'est que le mariage subséquent n'est plus possible.

De même, nous admettons la validité de la reconnaissance unilatérale. Un enfant est reconnu par un de ses auteurs. Pourra-t-il utiliser cette reconnaissance lors du mariage avec l'autre auteur de l'enfant et concourir par sa production à la légitimation de ce dernier ? Oui certainement, si l'union est possible et si l'enfant a été également reconnu par l'autre auteur, soit antérieurement au mariage, soit dans l'acte de célébration.

Pratiquement, les reconnaissances ne seront reçues que si les parents présentent les dispenses nécessaires, car il y a là, dit-on, un indice que la reconnaissance est véritablement faite à fin de légitimation.

Nous n'exigeons même pas cette condition, et la reconnaissance sera également valable, même si la filiation incestueuse de l'enfant est déclarée. Les dispenses pourront n'être demandées qu'ensuite. Rien ne prouve, en effet, que parce que les parents ont les dispenses nécessaires, ils se marieront.

Une seconde raison, moins importante il est vrai, nous fait admettre que l'article 331 a abrogé l'article 335 quand le mariage est possible.

Quel est le but que les parents se proposent en reconnaissant leurs enfants incestueux ? Si ce n'est pas leur légitimation, ils les placeront alors dans la condition affreuse réservée à ces enfants par le code civil. Ces derniers ne pourront succéder à leurs parents. La loi ne leur accordera que des aliments. Si leurs auteurs leur font apprendre un art mécanique, les aliments ne leur seront même pas dus. (Art. 762, 763 et 764, modifiés par la loi du 25 mars 1896). Est-il vraiment raisonnable de penser que telle a été la pensée des auteurs de l'enfant ? si nous répondons par l'affirmative, avouons qu'il y aurait là un calcul vraiment odieux. Mais cette hypothèse, nous l'affirmons sans crainte, est bien invraisemblable.

Si la reconnaissance antérieure n'est pas admise, la filiation incestueuse se trouvant révélée, logiquement

les articles 762 à 764 reprennent leur empire. Et c'est une solution que le législateur de 1907 n'a certainement pas voulue.

N'aurait-il pas mieux valu, pour éviter toutes ces hésitations, ou abroger expressément l'article 335, ou si on voulait maintenir la prohibition de la reconnaissance principale des enfants incestueux, décider qu'ils seraient légitimés de plein droit sans reconnaissance préalable, par le mariage subséquent de leurs parents contracté avec dispense ? (Nous verrons que la loi de 1917 a supprimé la formalité de la reconnaissance.) Cette solution aurait aplani bien des difficultés dans l'application pratique de la loi. L'amendement proposé par M. Groussier, s'il avait été adopté, aurait en tous cas établi d'une façon *précise* que la reconnaissance des enfants incestueux et adultérins n'était possible que s'il y avait mariage. Ainsi, on évitait bien des controverses.

CHAPITRE II

La légitimation des enfants adultérins sous l'empire de la loi du 7 novembre 1907.

Ce chapitre sera divisé en trois paragraphes. Nous exposerons d'abord la loi, puis nous l'analyserons. Nous

verrons ensuite rapidement les questions que soulève l'application de la disposition transitoire ajoutée à la loi du 7 novembre 1907.

§ 1. — *Exposé de la loi.*

Nous avons vu à propos de l'historique de la loi du 7 novembre 1907 l'ampleur du projet de MM. Viollette et Steeg. Il ne tendait à rien moins qu'à assurer l'égalité de tous les enfants devant la loi. Ce projet fut voté en ce qui concerne les enfants incestueux, mais le Sénat mû par un scrupule juridique et par un sentiment de respect pour la famille légitime, se montra peu favorable aux enfants adultérins. Il limita en conséquence les cas où ils pourraient être légitimés.

Un grand principe, auquel le législateur de 1907 n'a pas voulu porter atteinte, domine notre matière. C'est la règle de l'article 312 : « *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* ». Il semble donc que le désaveu pourra seul, en rejetant l'enfant de la famille légitime, établir son adultérinité. C'est ce que nous aurons à étudier plus loin.

Donnons maintenant le tableau des cas où la légitimation de l'enfant adultérin se trouve permise.

a) La légitimation est permise au cas de désaveu des articles 312 et 313, § 1, pour cause d'impossibilité physique ou morale de cohabitation.

b) Pourra également être légitimé l'enfant conçu au

cours d'une instance en divorce ou séparation de corps engagée entre son auteur et son conjoint (art. 313, § 2).

c) La légitimation est autorisée en dernier lieu en faveur de l'enfant dont le père ou la mère était séparé de corps et dont la conception se place entre le jour où la séparation est définitive et celui où elle cesse, soit par la mort d'un des conjoints, leur réconciliation ou la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce (art. 310).

Sont donc exclus de la légitimation les enfants adultérins conçus pendant le mariage en dehors de la période d'un procès en séparation de corps ou en divorce, les non désavoués seulement si c'est du côté de la mère qu'existe le vice d'adultérinité, et tous si c'est du côté du père.

M. Chaumié, rapporteur de la loi au Sénat, s'est nettement exprimé à ce sujet¹ : « Il est au contraire d'autres cas où les considérations invoquées par les auteurs de la proposition reprennent toute leur force. Il s'agit, par exemple, d'un enfant adultérin désavoué par le mari, et dont le père et la mère, malgré le divorce prononcé contre celle-ci, n'ont pu se marier ensemble à cause de l'obstacle que leur opposait l'ancien article 298.

« Il s'agit encore d'un enfant né de relations intervenues entre un homme et une femme dont l'un était engagé dans les liens du mariage, liens non encore juridi-

1. Rapport de M. Chaumié du 20 juin 1907, Annexe n° 166. *J. off.* du 23 octobre 1907, p. 140.

quement rompus, mais relâchés cependant, soit par une séparation de corps, soit par le commencement de la procédure souvent très longue d'une instance en divorce. Ces liens venant enfin à être brisés, soit par le divorce, soit par le décès de l'autre conjoint, il est juste de permettre à cet homme et à cette femme qui, désormais, vont pouvoir se marier, de légitimer cet enfant ; il serait inhumain de le leur interdire ; et bien des fois la possibilité de donner un état-civil à l'enfant né d'eux, sera le motif le plus puissant pour les déterminer à régulariser leur situation et à fonder un foyer légitime.

» Bien des circonstances de fait, en dehors de celles-ci, pourraient, sans doute, être imaginées et présenter des aspects fort intéressants : mais en dehors du cas de désaveu, ou bien de conception au cours d'un état de séparation de corps ou d'instance en divorce, si le vice d'adultérinité venait de la mère, la légitimation se heurterait au principe de la règle *pater is est...* et le conflit soulèverait les difficultés les plus graves. Si le vice d'adultérinité provenait du père, il serait presque impossible de formuler un texte assez précis pour qu'il pût à la fois éviter les inconvénients inacceptables dont l'un a été plus haut signalé, et favoriser les circonstances de fait dignes d'intérêts. »

La loi est ainsi délimitée. Nous allons en faire maintenant l'exposé proprement dit.

I. — L'ENFANT NÉ PENDANT LE MARIAGE ET DÉSAVOUÉ PAR LE MARI POURRA ÊTRE LÉGITIMÉ PAR LE MARIAGE SUBSÉQUENT DE LA MÈRE AVEC SON COMPLICE (Art. 331, § 3, Code civil).

Ainsi, un jugement en désaveu de paternité est nécessaire pour que la filiation adultérine de l'enfant soit établie et qu'il puisse être légitimé par le mariage subséquent de la mère avec son amant. (Il s'agit, bien entendu, du désaveu de l'enfant né d'une femme mariée après le 300^e jour du mariage, car au cas de désaveu de l'enfant né moins de 180 jours depuis la célébration du mariage, ce dernier ne sera jamais que naturel simple¹.)

Des relations avec un amant, une femme mariée a un enfant dont la conception se place au cours du mariage. La règle *pater is est quem nuptiae demonstrant* le couvre et le fait légitime (art. 312). L'union se dissout plus tard par la mort du mari ou par le divorce. La mère et son complice reconnaissent leur enfant et ils se marient. Que vaudra cette reconnaissance ? Elle sera nulle. Pourquoi ?

Le législateur de 1907, nous l'avons vu, n'a pas voulu toucher au principe de l'article 312 (ou du moins il a cru ne pas y toucher). Il ne peut donc appartenir à la mère de renverser cette présomption, même en vue de

1. Dans le premier cas, l'enfant a été conçu *dans le mariage*. L'enfant né moins de 180 jours après le mariage a été au contraire conçu *avant le mariage*.

la légitimation de son enfant adultérin. Nous voyons donc que deux conditions sont nécessaires pour la légitimation de l'enfant adultérin *conçu au cours du mariage*

1^o *Le désaveu.*

2^o *L'enfant doit avoir été reconnu par ses deux auteurs, soit antérieurement au mariage, soit dans l'acte de célébration, semble-t-il.*

Reprenons ces deux conditions pour les développer.

1^o *Le désaveu de paternité.*

Sous l'empire du code civil, le désaveu est la source normale de la filiation adultérine. A l'égard du mari, cette action est personnelle, mais elle revêt aux mains des héritiers un caractère pécuniaire. Le mari et ses héritiers sont les seules personnes autorisées par la loi à intenter cette action. La mère, et l'enfant lui-même ne pourraient pas renverser la présomption de l'article 312.

Les délais pour ententer l'action sont très brefs, elle se poursuit contre l'enfant représenté par un tuteur *ad hoc* et assisté de sa mère, dans le mois si le mari est présent ou dans les deux mois s'il est absent ou encore si la naissance de l'enfant lui a été cachée (art. 316).

« *Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession.* »
(Art. 317.)

Il existe deux sortes de désaveu.

A) Celui de l'article 312 du code civil. Deux hypothèses peuvent se présenter :

a) Le mari a eu connaissance de la naissance de l'enfant. Il ne pourra alors invoquer que l'impossibilité physique de cohabitation résultant, soit de son éloignement, soit de son impuissance accidentelle (art. 312);

b) La naissance de l'enfant a été cachée au mari. Aux termes de l'article 313, § 1, « *il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père* ».

B) Article 313, § 2. C'est le désaveu de l'enfant conçu pendant une période de séparation légale entre les époux. Nous nous en occuperons à propos du § 2 du nouvel article 331.

La loi du 7 novembre 1907 n'a rien changé à cette action. Mais l'article 331, § 3 ne parle du désaveu que de la part du mari de la mère. A-t-il voulu exclure les héritiers ? Nous ne le croyons pas. Il nous semble qu'un enfant peut être désavoué sur la demande des héritiers, et qu'alors il pourra bénéficier du nouveau texte. Nous verrons un peu plus loin les conditions d'application de cette dernière règle.

2^o *Reconnaissance antérieure au mariage, ou dans l'acte de célébration.*

Cette dernière forme de reconnaissance ne présente aucune difficulté, car il ne peut y avoir aucune équivoque sur la volonté des parents.

La reconnaissance antérieure au mariage est autorisée par le § 1 de l'article 331, mais à fin de légitimation seu-

lement, nous a dit M. Viollette. D'autre part, l'article 335 interdit toute reconnaissance d'enfant adultérin. Comment résoudre ce problème ? Nous réservons actuellement cette question. Nous verrons si nous devons donner la même solution que pour les enfants incestueux. La reconnaissance de la mère nous paraît même inutile puisque le jugement de désaveu a suffisamment établi la filiation maternelle et adultérine de l'enfant.

II. — EN CE QUI CONCERNE LES ENFANTS ADULTÉRINS, POURRONT ÊTRE LÉGITIMÉS PAR LE MARIAGE SUBSÉQUENT DE LEUR PÈRE ET MÈRE, ET DANS L'ACTE MÊME DE CÉLÉBRATION, CEUX QUI SERONT NÉS PLUS DE TROIS CENTS JOURS APRÈS L'ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL PRÉVUE PAR L'ARTICLE 878 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE, INTERVENUE ENTRE CELUI DE LEURS AUTEURS QUI ÉTAIT ANTÉRIEUREMENT DANS LES LIENS D'UN PRÉCÉDENT MARIAGE ET SON CONJOINT, LORSQUE CETTE PROCÉDURE AURA ABOUTI A LA SÉPARATION DE CORPS OU AU DIVORCE OU AURA ÉTÉ INTERROMPUE PAR LE DÉCÈS DE L'AUTRE CONJOINT (Art. 331, § 2).

C'est la deuxième classe d'enfants adultérins auxquels le législateur de 1907 accorde le bénéfice de la légitimation. Ce sont ceux qui sont conçus au cours d'une instance soit en séparation de corps, soit en divorce, engagée entre leur auteur et son conjoint.

Ce texte, « assurément l'un des plus défectueux qu'un

Parlement ait jamais votés en matière de droit civil »¹, révèle par cela même la difficulté rencontrée par ses rédacteurs. Il pressent l'hypothèse suivante : L'ordonnance du président du tribunal civil, prévue par les articles 236 du code civil, et 878 du code de procédure civile a été rendue, et a autorisé l'époux, demandeur au procès, à avoir un domicile séparé. Un enfant naît plus de 300 jours après cette ordonnance.

Le délai de 300 jours est d'après les présomptions légales, la durée maxima de la grossesse. Cet enfant né plus de 300 jours après cette ordonnance, a été certainement conçu après elle, c'est-à-dire à un moment où les conjoints vivaient séparément, puisqu'elle les dispensait du devoir de cohabitation. L'enfant est donc adultérin. (Nous savons que la jurisprudence a jugé qu'il fallait apprécier la filiation adultérine d'après la date de la conception²). Si plus tard la séparation de corps ou le divorce est prononcé ou, si encore, le décès du conjoint de l'auteur de l'enfant met fin à l'instance, l'union de l'auteur avec son ancien complice légitimera l'enfant reconnu dans l'acte de célébration du mariage.

Le vice d'adultérinité peut donc provenir du père ou de la mère, et le législateur a prévu les deux hypothèses. Mais comme nous le verrons, quand nous discuterons la loi, les conséquences du vice d'adultérinité sont bien

1. Colin et Capitant, t. I, 1^{re} édit., p. 301 et 302.

2. Civ. 25 juin 1877. D. P. 1878. I. 262; Civ., 7 juillet 1910. *Gazette du Palais*, 27 juillet 1910.

différentes suivant que ce vice provient du père ou de la mère. La commission du Sénat a eu tort de réunir ces deux cas bien distincts.

Quoiqu'il en soit, voici brièvement énoncées les hypothèses prévues par la loi. Elles sont au nombre de quatre. Les deux premières ont trait au sort de l'enfant nés de parents dont l'un est marié et engagé dans une instance en divorce ou en séparation de corps. Dans les deux autres cas, les deux auteurs de l'enfant sont mariés :

A) Des relations d'un homme libre et d'une femme mariée en instance de séparation de corps ou de divorce, naît un enfant plus de 300 jours après l'ordonnance du président autorisant la femme à avoir un domicile séparé. Si le mariage se dissout par le divorce, ou par le décès du mari, soit au cours de l'instance, soit après le jugement de séparation de corps, et que la femme épouse son complice, l'enfant reconnu dans l'acte de célébration sera légitimé.

B) Un enfant naît plus de 300 jours après l'ordonnance du président, des relations d'une femme libre et d'un homme marié en instance de séparation de corps ou de divorce. L'enfant peut être reconnu par sa mère. Mais il n'en est pas de même pour le père. La loi, nous le savons, n'autorise la reconnaissance de la filiation adultérine qu'à fin de légitimation. Or il ne peut être ici question de légitimation, puisque cet homme est marié. Ce n'est que si sa femme mourait ou si le divorce était prononcé, que le père pourrait faire une reconnaissance dans l'acte de célébration, et, par le mariage avec la mère, légitimer son enfant.

Deux nouvelles hypothèses se présentent. Elles se compliquent, car nous supposons que les deux auteurs de l'enfant sont mariés.

C) La mère de l'enfant adultérin est engagée dans une instance en séparation de corps ou en divorce. Le père est un homme marié. La légitimation ne sera possible que si la conception de l'enfant se place à un moment où le père était lui-même engagé dans une instance en séparation de corps ou de divorce ou déjà séparé de corps.

D) Un homme marié en instance de séparation de corps ou de divorce a des relations coupables avec une femme mariée.

Mais ces relations peuvent se produire dans différentes circonstances :

1^o La femme est elle-même en instance de séparation de corps ou de divorce, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse. C'est la règle ordinaire du § 2 de l'article 331 qui devra être appliquée.

2^o La mère vit avec son mari et aucune procédure ne tend à la rupture ou même au relâchement du lien conjugal. Le sort de l'enfant variera dans ce cas.

a) L'enfant est adultérin, mais au moment de sa conception, aucune procédure n'ébranlait le lien conjugal. Il est légitime en vertu de l'article 312, à moins que le mari (ou à son défaut ses héritiers) n'intentent l'action en désaveu dans les délais légaux. Sinon, il est irrévocablement légitime. Le mariage des auteurs de l'enfant ne pourra pas changer sa situation.

b) Bien différente est la situation quand le désaveu a été intenté. L'enfant est adultérin et il pourra être légitimé. En effet, vis-à-vis de son père, il est né plus de 300 jours après l'ordonnance du président et à l'égard de sa mère, il est bien un « enfant né pendant le mariage et désavoué par le mari qui pourra être légitimé par le mariage subséquent de la mère avec son complice. »

L'exposé des hypothèses nous oblige à revenir sur les conditions imposées pour la légitimation de cette classe d'enfants adultérins. Elles sont au nombre de deux. La première est la reconnaissance de l'enfant dans l'acte de célébration du mariage. Nous avons vu que les enfants incestueux pouvaient être reconnus antérieurement et les controverses que soulevait cette solution. Nous ne dirons rien de cette condition, car elle ne prête à aucune discussion.

La seconde est plus délicate. L'enfant doit avoir été conçu pendant une période de l'instance en séparation de corps ou en divorce, dont la loi fixe le commencement et la fin.

Le début est le jour où le président du tribunal civil rend l'ordonnance assignant aux époux une résidence séparée, et prévue par les articles 878 du code de procédure civile et 236 du code civil.

Le législateur n'indique que trois événements qui peuvent terminer cette époque : la séparation de corps, le divorce prononcé, ou encore le décès de l'autre conjoint. Il n'est pas douteux que si la procédure se termine par un jugement de séparation de corps, l'en-

fant né plus de 300 jours après l'ordonnance est adultérin. Mais que décider quand il y a divorce ou mort de l'autre conjoint ? Il est une autre condition que la loi sous-entend. Il faut que la naissance se produise moins de 180 jours depuis cet événement, car sans cela l'enfant pourrait se réclamer de la qualité d'enfant naturel simple. L'article 331, § 2 serait écarté.

Ceci dit, nous voyons que la légitimation sera refusée aux enfants conçus après l'ordonnance, quand l'instance se terminera par un autre événement, que ce soit la réconciliation des époux ou le rejet de la demande.

Que penser d'une pareille solution ? Nous la croyons sévère, et peu logique. Pourquoi refuser la légitimation à ces enfants, si plus tard le mariage vient à se dissoudre pour une cause quelconque ? Si la demande a été rejetée ou si les époux se sont réconciliés, cela n'empêche pas que pendant la durée de l'instance, ils ont vécu séparés, étant affranchis du devoir de cohabitation. La conception de l'enfant se place pendant cette séparation, qu'il soit né des rapports du mari avec une femme libre ou d'une femme mariée avec un amant.

Pourquoi cette différence ? Quelle sera dans cette dernière hypothèse la situation de l'enfant ? Sera-t-il désavoué de plein droit et *injustement* placé dans la situation des enfants adultérins, auxquels le législateur de 1907 refuse, sans raison, la légitimation, ou considéré, au contraire, comme enfant légitime couvert par la présomption de l'article 312 ?

Sous l'empire du code civil, l'enfant conçu pendant

une séparation légale des père et mère, pouvait déjà être désavoué par le mari, dès le moment où l'ordonnance du président assignait un domicile séparé aux époux, et tant que le rejet de la demande ou la réconciliation des époux ne s'est pas produit (art. 313, § 2). Le désaveu ici est péremptoire. Cela signifie que pour triompher, le mari n'a qu'à démontrer que la conception de l'enfant se place pendant le cours de la séparation légale.

Est-ce que cette cause de désaveu existe encore sous l'empire de la loi de 1907 ?

Il existe une très vive contradiction entre les § 2 et 3 de l'article 331.

L'enfant adultérin visé par le § 3 de l'article 331, ne peut être légitimé que s'il est désavoué; toute autre est la situation de l'enfant adultérin, visé par le § 2 du même article. *Le législateur a supprimé ici la règle de l'article 312.* Par le seul fait qu'il est né plus de 300 jours après l'ordonnance du président, l'enfant est adultérin de plein droit et il peut être légitimé, si du moins, nous l'avons déjà dit, l'instance se termine par la séparation de corps, le divorce ou la mort de l'autre époux.

Il y a donc une différence avec le code civil. Celui-ci exigeait toujours un désaveu, il est vrai péremptoire, mais le principe de l'article 312 subsistait dans toute sa rigueur. La loi de 1907 n'a pas modifié l'article 313, § 2, mais il est évident qu'il ne s'accorde plus avec la législation de 1907, puisque cette loi supprime, en cas de séparation légale des époux, la présomption *pater is est...*

Quelle est la portée de cette innovation ? Le législa-

teu a-t-il voulu écarter la présomption *pater is est...* au cas de séparation légale des conjoints, quels que soient les événements qui terminent l'instance, ou seulement quand elle prend fin par un des cas prévus par la loi ? De la réponse à cette question dépendra l'atteinte plus ou moins grave apportée à l'article 313, § 2.

Le rapporteur de la loi au Sénat, M. Chaumié, ne nous dit rien à ce sujet. Comment trancher la question ? Nous nous baserons sur l'esprit très large de la loi : « Il est bien entendu, a dit M. Violette, que cette loi destinée, de l'aveu unanime, à améliorer la situation des enfants adultérins, ne peut en une mesure quelconque la rendre pire ¹ ».

Voici, à notre avis, la distinction à faire.

Rien de plus raisonnable et de plus juste que de considérer l'enfant conçu au cours de l'instance, comme un enfant adultérin de plein droit pouvant être légitimé. Le désaveu est ici inutile, puisque la filiation adultérine est certaine.

Mais n'admettre cette solution que lorsque le procès se termine par une des trois hypothèses prévues par la loi, serait une profonde injustice. Ce serait, malgré l'affirmation de M. Violette, rendre pire la situation de ces enfants, puisqu'ils seraient adultérins de plein droit et ne pourraient être légitimés. Ce serait donc méconnaître la volonté du législateur.

1. Rapport de M. Violette. Séance du 30 octobre 1907, Annexe n° 1281. *J. off., Doc. parl.*, Chambre, 27 février 1908, p. 38.

Nous proposerons si l'instance se termine par le rejet de la demande ou la réconciliation des époux, de laisser subsister la règle *pater is est*... L'enfant conçu pendant la période de séparation légale sera légitime jusqu'à ce qu'intervienne le désaveu. Alors l'enfant verra sa situation réglée par le § 3 de l'article 331.

III. — POURRA ÊTRE LÉGITIMÉ L'ENFANT D'UN PÈRE OU D'UNE MÈRE SÉPARÉE DE CORPS DONT LA CONCEPTION SE PLACE ENTRE LE JOUR OU LE JUGEMENT DE SÉPARATION DE CORPS EST DEVENU DÉFINITIF ET CELUI OU ELLE PREND FIN, SOIT PAR LA DISSOLUTION DU MARIAGE (MORT DU CONJOINT DE L'AUTEUR DE L'ENFANT OU DIVORCE) SOIT PAR LEUR RÉCONCILIATION.

C'est la troisième classe d'enfants adultérins qui peuvent être légitimés et cette solution résulte implicitement des articles 310 et 311.

Nous avons vu plus haut¹ que M. Chaumié a prévu l'hypothèse. En effet, nous parlant des liens du mariage, il nous dit que ces liens, non encore juridiquement rompus, peuvent être relâchés pendant « *soit par une séparation de corps, soit par la procédure souvent très longue d'une instance en divorce.* »

Ne pourrait-on pas soutenir que ces enfants rentrent dans l'hypothèse prévue par le § 2 de l'article 331 ?

1. Voir *supra*, p. 62, 63.

Cette interprétation ne nous semble pas déraisonnable, car ils sont bien des enfants conçus 300 jours après l'ordonnance du président.

Donc le mariage subséquent des père et mère légitimera leurs enfants, pourvu qu'ils aient été reconnus dans l'acte de célébration.

Quelle solution convient-il d'adopter, lorsque l'enfant est conçu postérieurement à la réconciliation qui suit la séparation de corps ? La loi est muette sur ce point. Par analogie, nous proposerons la même solution que dans le cas de l'article 331, § 2.

Le vice d'adultérinité provient du père. L'enfant est adultérin et ne pourra pas être légitimé, comme ne rentrant pas dans un des trois cas prévus par la loi.

Le vice d'adultérinité se trouve du côté de la mère. L'enfant sera légitime à moins d'un désaveu. Dans cette dernière hypothèse, l'article 331, § 3 réglera sa situation.

Voici quels sont les cas où la légitimation des enfants adultérins est permise. Tous autres enfants adultérins ne rentrant pas dans une de ces catégories, se verront refuser la légitimation.

La loi du 7 novembre 1907 a maintenu le § 4 de l'article 331. Cette formalité de la mention de légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé, introduite par la loi du 17 août 1897, a pour but de rendre publique la légitimation. Quelle serait la conséquence du défaut de mention ? L'amende prévue par l'article 50 du code civil, contre l'officier de l'état civil contrevenant,

mais l'inobservation de cette formalité ne pourrait pas faire tomber la légitimation, car la mention n'en est pas une condition indispensable. La reconnaissance et le mariage subséquent sont seuls exigés pour que la légitimation se produise.

Cette règle peut présenter l'inconvénient de révéler l'illégitimité de l'enfant dans chaque expédition de son acte de naissance. Aussi le 26 novembre 1908, les sénateurs Catalogne et Cicéron proposaient-ils que la reconnaissance ait lieu dans un acte à la suite de l'acte même de célébration¹. Il ne fut malheureusement donné suite à cette proposition qu'en 1915.

§ 2. — *Discussion de la loi.*

Au lendemain du vote de la loi du 7 novembre 1907, la commission de la réforme judiciaire et de la législation civile et criminelle de la Chambre s'exprimait ainsi : « Ce texte (le nouvel article 331) n'admet, en effet, la légitimation que dans deux cas : 1^o celui de désaveu ; 2^o celui où l'enfant est né plus de trois cents jours après l'ordonnance du président, préliminaire de toute action en divorce ou en séparation de corps. C'est dire en réalité que sur cent enfants adultérins, deux ou trois au plus profiteront de la loi nouvelle.

1. Séance du 26 novembre 1908. Session extraordinaire. *Journal officiel* du 15 décembre 1908. *Doc. parl.*, Sénat, Annexe n^o 293, p. 32.

« Un tel résultat est manifestement insuffisant. Le texte voté par la Chambre avait fait naître les espérances les plus légitimes, et la déception est immense parmi ceux qui attendaient avec une véritable angoisse — l'expression ne paraîtra pas trop forte à tous ceux qui ont pu recevoir les doléances des intéressés — le vote d'une disposition législative qui s'inspirait de si évidentes considérations de justice et d'humanité.

« Aussi bien la loi nouvelle établit une contradiction trop violente entre la situation des enfants adultérins dont la légitimation devient possible, et ceux pour lesquels, au contraire, demeure interdit l'espoir de voir leur situation se régulariser. De quel droit, en effet, distinguer entre les uns et entre les autres ? » et la commission conclut ainsi : « La nouvelle rédaction de l'article 331 est donc presque aussi injuste que l'ancienne. Elle a, de plus, l'inconvénient d'être contradictoire et arbitraire.¹ »

Nous allons nous rendre compte bientôt de la vérité de cette dernière affirmation. La loi du 7 novembre 1907 est en effet une œuvre incohérente et confuse, qui se ressent de son élaboration hâtive. La législation romaine n'avait admis la légitimation des enfants nés du concubinat, qu'après une expérience de deux siècles, et il a suffi au législateur français de deux courtes séances de

1. Annexe n° 1309. Session extraordinaire. Séance du 11 novembre 1907. *Exposé des motifs. J. off.*, du 15 mars 1908. *Doc. parl.*, p. 261.

la Chambre et du Sénat pour placer sur un pied d'égalité les enfants légitimes et adultérins.

« Quand on touche au code civil, on n'y touche qu'avec précaution », s'était pourtant écrié le regretté M. Paul Beauregard, le 18 février 1907, mais son appel ne fut pas entendu.

Le principal défaut de la loi de 1907 est d'établir de continuelles contradictions entre ses dispositions et des textes anciens, auxquels elle prétend ne porter aucune atteinte. Nous les rencontrerons au cours de notre étude.

* Nous suivrons pour discuter la loi le même plan que pour l'exposer.

Mais avant, faisons encore une remarque qui nous semble indispensable.

Le 30 octobre 1907, M. Viollette discutait le rapport de M. Chaumié et, tout en rappelant les hypothèses où ce dernier n'admettait pas la légitimation, il ajoutait : « Il est toutefois nécessaire de marquer que l'honorable sénateur n'a pas visé le cas où les deux époux auraient la faculté légale de se marier, au moment de la naissance des enfants que leur mariage postérieur doit légitimer. Conformément aux travaux préparatoires du code civil, à la déclaration de Bigot-Préameneu, et surtout à celle si précise et si formelle du tribun Duveyrier au corps législatif, dans cette hypothèse la légitimation est possible. »¹

1. Rapport de M. Viollette. Session extraordinaire. Séance du 30 octobre 1907. Annexe n° 1281. *J. off. Doc. parl.*, 27 février 1908, p. 38.

Nous sommes de cet avis. Oui, la légitimation est possible, mais nous posons la question suivante. A quel titre, l'enfant sera-t-il légitimé ? Sera-ce comme naturel simple ou comme adultérin ?

Nous avons vu qu'en règle générale, c'est le moment de la conception qui détermine la filiation. En conséquence, si l'un des époux est marié au moment de la conception de l'enfant, il est adultérin. Peu importe qu'ils soient devenus libres au moment de sa naissance.

C'est bien la solution admise par la jurisprudence : « Attendu, en effet, dit un arrêt de la cour de cassation, que pour résoudre la question de savoir si un enfant est ou non issu d'un commerce adultérin, *il y a lieu de considérer l'époque de sa conception et non celle de sa naissance.* »¹

Mais M. Viollette déclare le contraire, en appuyant son opinion de l'autorité de Duveyrier. Si cette thèse était admise, ce serait le renversement des principes en matière de filiation et un retour à certaines conceptions de l'ancien droit qui déterminaient la filiation d'après la naissance. L'enfant serait dans notre hypothèse légitimé comme naturel simple.

Mais la loi de 1907 n'a pas touché à ce principe (l'arrêt de 1910 le déclare aussi formellement que pour la règle qui détermine la filiation) puisque c'est, justement à l'époque de la conception, qu'elle se place pour accorder

1. Civ. 7 juillet 1910. S. 1914. 1. 273.

ou refuser aux enfants adultérins le bénéfice de la légitimation.

Il n'est pas douteux, d'autre part, que dans l'hypothèse prévue par M. Viollette, la légitimation ne soit possible. Voici alors l'explication que nous donnerons des paroles de M. Viollette : « L'enfant sera adultérin, mais sa légitimation sera possible, car il n'existe aucun empêchement au mariage de ses auteurs. »

I. — ARTICLE 331, § 3, CODE CIVIL.

Nous avons vu à propos de l'historique de la loi de 1907 les objections formulées par M. Chaumié, rapporteur au Sénat, contre le projet de M. Viollette. Il reprochait au texte de la Chambre de donner une « sorte de consécration légale à l'état de bigamie dans lequel le mari a vécu¹ ». Et ce grief était fondé.

Un homme marié a, concurremment, des enfants de sa femme et d'une maîtresse. Plus tard, le mariage se dissout par le divorce. Il pourra légitimer ses enfants adultérins en épousant sa maîtresse, et révélera, ainsi, la coexistence de ses relations conjugales et coupables.

Aussi le Sénat voulut-il éviter ce résultat choquant, et vota-t-il le texte promulgué en 1907.

D'une liaison illégitime, une femme a des enfants qui naissent successivement de son mari et de son amant.

1. Rapport de M. Chaumié le 20 juin 1907, Annexe n° 166 du 23 octobre 1907, p. 140.

(Le cas peut se présenter en médecine, et il est connu sous le nom de *superimprégnation*.) Le mariage se dissout par la mort du mari. Par l'union avec son complice, la femme légitimera ses enfants adultérins. Elle révélera ainsi la coexistence de ses relations coupables et conjugales, et donnera une sorte de conséquence légale à l'état de polyandrie dans lequel elle a vécu.

La Chambre des députés avait admis les deux hypothèses, mais ce fut cette dernière seule qu'accepta le Sénat et que vota ensuite la Chambre, nous savons pour quelles raisons.

Ainsi la loi arrive à ce résultat étrange de se montrer plus favorable à la polyandrie qu'à la bigamie. Seuls les enfants désavoués. pourront être légitimés. Les enfants adultérins du côté du père ne pourront pas l'être.

Mais la loi, peut-on objecter, exige le désaveu ? (art 331, § 3).

Nous répondrons qu'il suffit de voir la nombreuse jurisprudence à propos des articles 312 et suivants du code civil pour se rendre compte que le désaveu de paternité se présente pratiquement plus fréquemment qu'on ne le pense. Cette objection n'est donc pas suffisante pour expliquer la différence de situation établie entre le père et la mère.

Pourquoi cette différence ? Quelle raison invoquer pour justifier une pareille solution ? Pourquoi la femme se trouve-t-elle favorisée ? Sa faute est pourtant au moins aussi grave que celle de l'époux. Quant à nous, nous ne voyons aucune raison pour distinguer.

« Vraiment, en tout cela, la logique et le bon-sens se trouvent traités de fort cavalière façon », telles sont les paroles que prononçait M. Viollette à la Chambre le 25 novembre 1907. Et cependant il ajoutait : « Nous sommes donc entrés dans une voie où il faut aller jusqu'au bout et, c'est en cela, qu'il était précieux pour nous que le texte du Sénat fut promulgué aussitôt, car il engageait notre législation, de telle sorte qu'il y aurait, en un sens, plus d'immoralité encore à ne pas l'étendre qu'à l'abroger¹ ».

Nous avons supposé jusqu'ici qu'il y avait plusieurs enfants. Que décider quand il n'y en aura qu'un ? De deux choses l'une. Ou il n'a pas été désavoué, et alors la présomption de l'article 312 le couvrira, ou il l'a été et alors sa filiation adultérine apparaîtra et il pourra être légitimé. En tout cas, il est impossible de constater, légalement, l'état de polyandrie de la femme.

Est-ce, pour cette dernière raison, et la facilité avec laquelle on peut au contraire constater l'état de bigamie du mari, que le Sénat n'admet la légitimation que des enfants adultérins de la femme *nés dans le mariage* ?

Il nous semble que nous allons bien loin et que ce sont des pensées que le législateur n'a sans doute pas eues. Ce sont en tout cas des divergences qui, à notre avis, ne suffisent pas pour justifier la différence de sanction, étant donné surtout que ce sont des sentiments d'humanité et de justice qui ont inspiré cette loi.

1. Rapport de M. Viollette, deuxième séance du 25 novembre 1907. Annexe n° 1331. *J. off.*, *Doc. parl.*, 19 mars 1908.

Quoiqu'il en soit, seul l'enfant désavoué sera légitimé par le mariage de ses auteurs.

Le cas le plus fréquent est visé par le § 3 de l'article 331. C'est celui où le mari désavoue lui-même l'enfant. Mais nous savons que l'article 317 autorise, dans certains cas, les héritiers du mari à exercer la même action. Donnerons-nous alors la même solution ? Il nous semble que, nonobstant les termes de l'article 331, § 3 qui ne parle que du mari, l'enfant désavoué par ses héritiers pourra également être légitimé, soit que le mari soit mort en cours d'instance, soit pendant le délai utile pour agir, car tel est l'esprit de la loi. En effet, on ne peut pas soutenir que le mari décédé dans ces conditions avait renoncé à l'action. Les héritiers ne font que continuer son œuvre.

Cette solution nous met aux prises avec de sérieuses difficultés. Nous savons que le jugement de désaveu rendu sur la demande du mari et de tous ses héritiers a un caractère absolu et s'impose, *erga omnes*, toutes les personnes intéressées ayant été parties au procès. Mais si quelques héritiers sont seuls intervenus, la décision judiciaire n'aura que l'autorité relative et elle ne pourra être opposée qu'aux demandeurs au procès. Ainsi l'enfant pourra être légitime à l'égard des héritiers qui n'auront pas été parties au procès, et adultérin à l'égard de ceux qui y seront intervenus et qui auront obtenu gain de cause. La légitimation est alors impossible, puisqu'il est légitime, au moins, à l'égard des héritiers non intervenants. Vu le silence de la loi, c'est une opinion qui nous semble très soutenable.

L'enfant n'a pas été complètement exclu de la famille légitime, et alors dans ses rapports avec les héritiers non intervenants il sera légitime et usera de toutes les prérogatives attachées à cette filiation. Il pourra notamment venir en concours, avec les frères et sœurs du défunt non intervenants, au partage égal de sa succession. A l'égard des intervenants, il est adultérin et sera exclu de la succession paternelle.

Pour éviter de pareilles difficultés, il suffit de mettre en cause tous les intéressés.

Passons maintenant à une hypothèse curieuse, mais qui nous paraît assez théorique. C'est celle où le désaveu n'est pas antérieur au mariage des auteurs de l'enfant.

De ses rapports avec un amant, une femme mariée met au monde un enfant adultérin, dont elle cache la naissance au mari, après lui avoir également dissimulé sa grossesse. Puis la mère déclare cet enfant à l'état-civil sous son nom de jeune fille. La filiation maternelle de cet enfant est établie et l'article 312 en fait un enfant légitime du mari de sa mère.

Mais en vertu des articles 313 et 316, le mari a deux mois pour exercer le désaveu, à partir du jour où il apprend l'existence de l'enfant.

Le divorce est ensuite prononcé. La mère se marie avec son complice qui reconnaît l'enfant dans l'acte de célébration. Et le mari apprend ainsi l'existence de cet enfant.

1^o *Le mari divorcé n'exerce pas le désaveu.* — L'enfant reste légitime. Le mariage de ses auteurs ne change pas

son état et la reconnaissance de l'amant est nulle.

2^o *Le mari divorcé exerce le désaveu.* — L'enfant est adultérin et le jugement de désaveu a un effet rétroactif. Il n'est pas en effet constitutif d'un état nouveau, puisqu'il ne fait que constater un état qui existait antérieurement. La reconnaissance du père de l'enfant est donc valable, puisqu'elle a été faite en vue de la légitimation. La seule condition exigée ici pour la légitimation est la reconnaissance. Mais l'enfant n'a-t-il pas le plus souvent par son acte de naissance une possession d'état d'enfant légitime ? Et l'article 322, § 2, déclare que « nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance ».

Mais il nous semble à peine nécessaire de dire que le désaveu est une exception nécessaire apportée à cette règle, en faveur du mari et dans certains cas, de ses héritiers.

Il faudra que le jugement de désaveu soit devenu *définitif*, pour que le père de l'enfant adultérin puisse faire une reconnaissance valable.

Non reconnu après le désaveu, l'enfant reste adultérin.

* * *

Passons maintenant à une hypothèse voisine de la précédente. C'est celle de l'article 325. Du caractère donné à cet article (action en désaveu ou en contestation de légitimité) résultera ou non la légitimation possible de l'enfant.

Une femme mariée déclare son enfant à l'état-civil sous de faux noms, ou comme né de père et mère inconnus (art. 323). Certains auteurs¹ ont soutenu que si l'enfant intente, plus tard, une action en réclamation d'état d'enfant légitime, ce n'est pas par une action en désaveu que le mari repoussera cette demande, mais par une action en contestation de légitimité *lato sensu*. Et cette opinion se fonde sur les termes mêmes de l'article 325 : « La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, *ou même la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère...* ».

Le mariage se dissout. La mère épouse son complice et tous deux reconnaissent l'enfant dans l'acte de célébration du mariage.

Est-ce que cet enfant sera légitimé? Pas de difficultés si l'enfant réussit dans sa demande, même à l'égard de la mère seulement, car nous savons que tout enfant né dans le mariage, a pour père le mari. Il sera donc légitime et la reconnaissance de l'amant tombera.

Mais que décider si au contraire, l'enfant échoue dans son action? Nous arrivons au cœur du problème et nous répétons que la réponse à cette question dépend du caractère que nous donnerons à l'article 325. La première opinion que nous avons exposée, croit que cet

1. Demolombe, V, n° 146 *bis*; Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *Des personnes*, IV, n°s 535, p. 461.

article apporte une dérogation aux principes ordinaires en matière de filiation paternelle légitime, et consacre une action en contestation de légitimité. D'où cette conséquence que l'enfant ne peut être légitimé.

Nous repoussons cette manière de voir et croyons que l'article 325 n'est qu'une application du désaveu.

Nous invoquerons à l'appui de notre affirmation l'autorité de deux de nos maîtres qui nous semblent avoir démontré péremptoirement que tel était le sens de cet article.

L'article 325, disent MM. Colin et Capitant¹ rentre en effet dans le cadre du désaveu. Les raisons pour lesquelles le législateur donne au mari le droit de contestation à l'égard de l'enfant, se sont les conditions suspectes dans lesquelles l'enfant est né et a vécu. (Bigot-Préameneu disait² : « Lorsque l'enfant n'a ni possession constante, ni titre, ou lorsqu'il a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, il en résulte une présomption très forte qu'il n'appartient point au mariage. ») Et ces faits sont de nature à faire présumer que l'enfant, né de la mère, n'a pas pour père le mari. Et ne peuvent-ils pas se résumer dans ces mots, *le recel de la naissance*. Ne retombons-nous pas alors sous l'empire de l'article 313, visant le désaveu pour impossibilité morale de cohabitation qui nous dit que

1. Colin et Capitant, t. I, p. 272 et 273, 1^{re} édit., 278 et 279, 2^e édit.

2. Locré, t. V, *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, p. 166 et 167.

lorsque la naissance de l'enfant a été cachée au mari, « il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père ». Rapprochons cette phrase de celle de l'article 325. Nous y trouverons la même idée et l'identité d'expressions.

A signaler seulement une petite différence entre les deux situations. Au cas de déclaration régulière et normale de l'enfant, le mari doit prouver, et le recel de la naissance, et les faits propres à établir sa non-paternité, tandis que dans le cas de déclaration frauduleuse, le recel qui résulte *de plano* des circonstances, suffit à établir sa non-paternité.

« Nous croyons donc pouvoir conclure, ajoutent MM. Colin et Capitant, que la contestation opposée à l'enfant par le mari, dans l'hypothèse de l'article 325, est bien un désaveu, mais un désaveu qui peut être opposé sous forme d'exception; à supposer que le mari ait été mis en cause en même temps que sa femme dans le procès intenté par le réclamat, ou sous forme d'intervention incidente, s'il n'a pas été mis en cause ».

L'enfant remplit alors les conditions de l'article 331. § 3 et il peut être légitimé.

Quelle est la situation de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage ? L'article 315 consacre ici sans aucun doute le principe d'une action en contestation de légitimité ouverte à toute personne intéressée.

Les défenseurs triomphent dans leur action, mais le mari n'est pas intervenu. L'enfant sera adultérin, mais comme il n'aura pas été désavoué, il ne pourra pas être légitimé.

Cette solution semble inacceptable. Ne peut-on pas soutenir que le législateur de 1907 a voulu entendre le mot *désaveu* dans le sens le plus large, c'est-à-dire dans celui d'action tendant à exclure un enfant de la famille légitime ? Il nous semble que les termes formels de la loi ne permettent pas une pareille affirmation. Nous dirons seulement qu'il y a là une hypothèse à laquelle le législateur de 1907 n'a pas songé. S'il y avait pensé, nous croyons pouvoir affirmer qu'il aurait permis la légitimation.

De même la légitimation ne sera pas possible, si d'une part l'enfant n'intente pas d'action en réclamation d'état d'enfant légitime et si, d'autre part, le mari n'exerce pas le désaveu. Cet enfant sera couvert par la présomption de l'article 312. La reconnaissance faite par le complice dans l'acte de célébration du mariage sera nulle, même s'il y est déclaré comme adultérin.

Donc, comme nous venons de le voir dans les différentes hypothèses que nous avons étudiées, le désaveu seul peut renverser la présomption de paternité du mari.

La loi exige une deuxième condition pour que l'enfant né dans le mariage et désavoué par le mari puisse être légitimé. C'est l'obligation de la reconnaissance. Le père et la mère y sont astreints. N'eût-il pas suffi d'exiger seulement la reconnaissance du père pour cette catégorie d'enfants ?

La filiation adultérine de l'enfant résulte, en effet, le plus souvent suffisamment du rapprochement de son acte de naissance et du jugement de désaveu. La mère

devrait alors être dispensée de la reconnaissance en se mariant avec le complice. Tel n'est pas la solution de la loi. Sans doute exige-t-elle la reconnaissance des deux auteurs de l'enfant, comme une suprême garantie de sa filiation.

Quand doit avoir lieu cette reconnaissance ? Ne rencontrons-nous pas la même difficulté qu'à propos des enfants incestueux ? N'y a-t-il pas ici encore contradiction entre les articles 331, § 1 et 335 ?

La doctrine est presque unanime pour répondre par l'affirmative. Et alors revient la même question. Quand la reconnaissance antérieure au mariage est-elle faite en vue de la légitimation ?

Nous sommes d'un avis différent. Ce n'est pas au premier, mais au deuxième paragraphe de l'article 331 qu'il faut se reporter.

Et nous invoquons à l'appui de notre thèse le texte même de la loi. Le § 3 de l'article 331 ne dit rien de la reconnaissance, mais nous savons cependant qu'elle est nécessaire à la légitimation. L'article 331, § 1 s'exprime ainsi : « Les enfants *nés hors mariage* pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, *lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage*, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration ».

Il nous semble bien difficile de soutenir que la catégorie d'enfants que nous étudions actuellement sont des enfants *nés hors mariage*. Ils sont au contraire *nés pendant le mariage* suivant l'expression même du § 3

de l'article 331. Le § 1 du même article ne peut donc leur être appliqué.

Nous les soumettrons alors au § 2 de l'article 331 qui vise une autre catégorie d'enfants adultérins, *mais nés également dans le mariage*, et qui n'admet la reconnaissance que dans l'acte de célébration¹.

Toute reconnaissance antérieure au mariage sera donc nulle (art. 335).

II. — ARTICLE 331, § 2.

L'alinéa 2 de l'article 331 autorise la légitimation des enfants adultérins *nés* plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal civil assignant aux époux un domicile séparé, que le vice d'adultérinité provienne du père ou de la mère.

En étudiant ces deux hypothèses, nous remarquerons les nombreuses différences qui existent entre elles.

A. — Pendant une instance en divorce ou en séparation de corps, un homme marié a un enfant de ses relations avec une femme libre. Le mariage se dissout et le père épouse sa complice. L'enfant sera-t-il légitimé ? (Nous supposons, bien entendu, que les deux auteurs de l'enfant le reconnaissent dans l'acte de célébration du mariage, seul mode de reconnaissance admis pour cette catégorie d'enfants.)

1. Dans le même sens, circulaire ministérielle du 18 juin 1917, *Journal officiel* du 21 juin 1917.

Pour répondre à cette question, il faut se reporter à la date de la conception de l'enfant. Le législateur fixe en effet une période pendant laquelle il faut que se place cette conception pour que sa légitimation soit possible. L'article 313, § 2 vise une période pour l'enfant légitime et nous allons voir bientôt l'influence qu'a eu ce texte sur la rédaction du § 2 de l'article 331.

Trois cas doivent être distingués :

a) L'enfant a été conçu pendant la période prévue. Il sera adultérin et pourra être légitimé.

b) Il a été conçu avant cette période. Il sera également adultérin, mais le bénéfice de la légitimation lui sera refusé.

c) Il a été conçu après. Sa situation variera suivant les hypothèses.

Le début de la période commence au jour où le président du tribunal rend l'ordonnance de non conciliation et assigne aux deux époux en vertu des articles 236 du code civil et 878 du code de procédure civile une résidence séparée.

Donc tout enfant conçu après cette ordonnance, des relations d'un homme marié, en instance de séparation de corps ou de divorce avec une femme libre, pourra être légitimé, en cas de mariage subséquent. Conçu au contraire dans les mêmes conditions, mais avant l'ordonnance, la légitimation ne sera pas permise.

Est-ce que cette rédaction est satisfaisante, et le

législateur apporte-t-il à la question toute la clarté désirable ?

Nous sommes obligés de répondre négativement et nous allons nous en rendre compte en appliquant les présomptions légales en matière de filiation.

L'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance peut être certainement légitimé, car sa conception se place pendant la période prévue par la loi.

Au contraire l'enfant né moins de 180 jours après cette ordonnance ne peut pas bénéficier de la légitimation, car il a été conçu avant le commencement de la période.

Mais que décider de l'enfant né plus de 180 jours et moins de 300 jours après l'ordonnance du président ? Pourra-t-il être légitimé ? Il peut d'après les présomptions légales, avoir été conçu avant ou après l'ordonnance, ou peut être le jour même de cette ordonnance.

Si la question était douteuse, il aurait été possible en s'inspirant de l'esprit de la loi, qui est, nous le savons, d'améliorer la situation des enfants adultérins, de la solutionner dans le sens le plus favorable à l'enfant, c'est-à-dire dans notre espèce, de placer la date de la conception après l'ordonnance prédisentielle.

Mais le doute n'est pas permis ici. Il existe en effet deux arguments qui tendent à établir l'impossibilité de la légitimation dans ce cas.

Le premier est un argument de texte. Le § 2 de l'article 331 parle d'enfants nés plus de trois cents jours après l'ordonnance.

Ce sont ensuite les paroles de M. Viollette à la Chambre¹. « ... Avec le texte du Sénat, on arrive à des conséquences vraiment terribles. Voici une situation qui se présente très souvent, de nombreuses lettres l'attestent. Un homme est séparé de fait de sa femme légitime soit pour cause de brusque départ de cette dernière, soit pour tout autre cause. Il noue des relations avec une autre femme et plusieurs enfants naissent. La femme légitime finit par demander le divorce et l'obtient. Le père en se remariant avec sa maîtresse veut légitimer ses enfants; or, à cause de la date de l'ordonnance, il ne pourra le faire que pour quelques-uns; les autres sont exclus à tout jamais du bénéfice de la loi. Pourtant quelle différence y a-t-il entre ces différents enfants? Ils sont bien frères et sœurs nés dans des conditions identiques; pourquoi briser et disloquer ainsi cette famille de façon aussi arbitraire ?...

« Voici ce qu'écrivait à ce sujet l'un de ces pères de famille :
« ... On en référa au maire qui en référa au parquet. On me demanda les pièces de procédure, puis après examen, on me déclara que la légitimation des deux derniers était possible, mais qu'à l'égard du premier elle n'était pas possible parce que sa naissance était antérieure à l'ordonnance ou du moins antérieure aux 300 jours. Donc voilà une loi que j'appelais de tous mes vœux, et combien comme moi, qui au lieu d'être un bienfait pour mes

1. Rapport de M. Viollette, Annexe n° 1331, *Journal officiel. Doc. parl.*, Chambre, 19 mars 1908, p. 294.

enfants, ne ferait qu'apporter une terrible aggravation à la situation du premier, si elle devait être interprétée ainsi. Il restera lui seul le paria, l'enfant adultérin, il ne me sera même pas permis de lui léguer la quotité disponible. Il sera dans la famille moins qu'un étranger. Est-ce possible que telle ait été la pensée du législateur ?

« Le législateur n'a pu avoir une telle pensée, mais c'est tout de même à ce résultat monstrueux qu'aboutit le texte du Sénat... »

Le reproche le plus grave que l'on puisse faire aux rédacteurs de la loi de 1907, est de s'être inspiré des principes généraux en notre matière, et d'avoir mal usé de ce procédé. Il est évident, en effet, que les dispositions du § 2 de l'article 331 sont la reproduction de celles visées par le § 2 de l'article 313. Nous allons voir que le législateur a mal compris le sens de ce dernier paragraphe. Il est ainsi conçu après modification par la loi du 18 avril 1886 : « *En cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation* ».

Done, d'après ce texte, tout enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance assignant un domicile séparé aux époux pourra être désavoué et légitimé comme ayant été conçu pendant la période prévue par la loi (art. 331, § 2). (Nous étudierons à propos des enfants adultérins de la femme la solution à donner au conflit existant

entre le § 2 de l'article 313 et le § 2 de l'art. 331).

Mais que décide ce texte au sujet des enfants nés plus de 180 jours et moins de 300 jours après l'ordonnance ? Il n'en parle pas. Nous savons que l'article 331, § 2 refuse la légitimation dans ce cas.

Cette disposition ne permet donc d'exclure de la famille légitime que l'enfant dont la date de naissance établit d'une façon indiscutable la conception adultérine.

Ainsi, chaque fois que l'enfant pourra soutenir qu'il a été conçu avant l'ordonnance, le désaveu ne sera pas possible.

Le législateur de 1907 ne devait pas s'inspirer des délais de l'article 313, § 2. La situation est en effet tout à fait différente.

L'enfant qui invoque l'article 331, § 2 tend à prouver que sa conception est postérieure à l'ordonnance du président, afin de pouvoir bénéficier de la légitimation. Dans l'autre cas, c'est le but inverse. Tous les efforts de l'enfant tendront à établir qu'il a été conçu avant l'ordonnance, c'est-à-dire à une époque où la vie commune continuait entre les deux époux.

Quels sont les événements qui mettent fin à la période favorable ?

Ils sont au nombre de trois, le divorce, le décès de la femme ou la séparation de corps.

1^o *Divorce.* — Le divorce a été prononcé et le jugement transcrit sur les registres de l'état-civil. Tout enfant né

au plus tôt 180 jours après cette transcription est naturel simple. Il pourra être légitimé d'après les principes du code civil.

Quelle est la situation de l'enfant conçu avant la transcription ? Il est sûrement adultérin , mais son adultérinité n'apparaîtra que s'il naît moins de 180 jours après la transcription. Ajoutons que si sa conception se place pendant la période prévue, il sera légitimé par le mariage subséquent de ses auteurs. Qu'arrivera-t-il s'il naît après le mariage ? Il bénéficiera de l'article 331, § 2 combiné avec l'article 314.

2^o *Décès de la femme.* — Deux cas sont à distinguer :

a) Supposons que la naissance de l'enfant se place 180 jours après la mort de l'épouse. Sa conception a donc eu lieu après la dissolution du mariage paternel. Il pourra être légitimé comme enfant naturel simple.

b) L'enfant naît moins de 180 jours depuis le décès de la femme. Il sera adultérin et si sa conception se place pendant la période prévue, l'article 331, § 4 autorise sa légitimation.

Dans les deux hypothèses, s'il n'est que conçu, il peut être légitimé en vertu de l'article 314.

3^o *Séparation de corps.* — L'instance se termine par une séparation de corps et un enfant naît moins de 180 jours depuis que le jugement est devenu définitif. Puis il prouve que sa conception se place après l'ordonnance. Il est adultérin et pourra être légitimé.

L'enfant naît plus de 180 jours après que le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée. La légitimation sera possible.

Voici les trois hypothèses qui terminent la période prévue et qui sont nécessaires pour entraîner la légitimation.

Mais le procès peut finir autrement.

S'il se termine soit par le rejet de la demande, soit par la réconciliation des époux, le législateur interdit la légitimation.

1^o *Rejet de la demande.* — La conception de l'enfant peut être soit postérieure au rejet, soit lui être antérieure, mais être postérieure à l'ordonnance.

a) Dans le premier cas, l'enfant naît plus de 300 jours après le rejet. La légitimation ne sera pas possible, car le devoir de cohabitation existe de nouveau entre les époux.

b) Dans le second cas, nous supposons que le père devient libre plus tard. Pourra-t-il légitimer l'enfant en épousant sa complice ? Certainement non, car l'instance ne s'est pas terminée par un des événements prévus par la loi. Si le procès avait pris fin au contraire par la séparation de corps, le divorce ou le décès de la femme, la légitimation aurait été possible car l'enfant a été conçu pendant la période prévue puisqu'il est né plus de trois cents jours après l'ordonnance.

2^o *Réconciliation.* — Ce sont les mêmes solutions. L'en-

fant né plus de 300 jours après la réconciliation ne peut être légitimé, car le devoir de cohabitation lie à nouveau les conjoints.

L'enfant naît moins de 300 jours depuis la réconciliation. Sa conception se place donc après l'ordonnance. Sa légitimation ne sera pas possible, car l'instance ne s'est pas terminée par un des événements prévus.

Comment justifier ce texte restrictif? La seule raison qui nous semble pouvoir être invoquée en faveur de cette solution est que la réconciliation et le rejet de la demande ne mettent pas fin au mariage. Alors il n'aurait été d'aucune utilité de permettre la légitimation puisqu'elle ne peut avoir lieu que par mariage subséquent. Cette raison est mauvaise. En effet, le mariage qui a tout d'abord été maintenu, peut être dissous par la suite.

Nous avons jusqu'ici supposé que les relations de l'homme marié, en instance de divorce ou de séparation de corps se produisaient avec une femme libre. Mais l'amante peut être elle-même mariée. Si elle n'est pas en instance de divorce ou de séparation de corps, nous savons que son mari devra exercer le désaveu pour que la légitimation soit possible (art. 331, § 3).

Mais la complice peut être en instance de divorce ou de séparation de corps. Ceci nous amène à la deuxième partie de notre étude, la légitimation des enfants adultérins maternels.

B. — Un enfant naît des relations d'une femme mariée avec un tiers. Libre, elle épouse son amant. A quelles conditions l'enfant sera-t-il légitimé ?

Comme pour le père, la loi a fixé la période pendant laquelle doit se placer nécessairement la conception. Le point de départ est le même et les mêmes événements la terminent.

Nous distinguerons trois cas : l'enfant peut avoir été conçu avant, pendant ou après la période déterminée.

1° *L'enfant a été conçu avant la période prévue.* — Le devoir de cohabitation existe. L'enfant est donc couvert par la présomption de l'article 312. Il devra être désavoué soit par le mari, soit par ses héritiers pour pouvoir être légitimé.

L'époque de sa conception est déterminée par la date de sa naissance. L'enfant doit naître plus de 300 jours après l'ordonnance pour pouvoir être légitimé.

Il ne pourra donc pas l'être s'il naît moins de 300 jours après elle. Le législateur n'a fait que consacrer ici les règles générales du code civil en matière de filiation, mais il nous semble qu'il aurait pu envisager autrement la situation.

En effet, si un enfant adultérin naît des relations d'une femme libre et d'un homme marié en instance de divorce ou de séparation de corps, la présomption *pater is est...* ne joue pas. La seule question à régler, c'est de savoir si cet enfant est un de ceux auxquels le législateur de 1907 accorde le bénéfice de la légitimation.

Si c'est au contraire la mère qui en instance de divorce ou de séparation de corps met au monde un enfant adultérin, comme nous l'avons vu, la règle de l'article 312

le couvrira s'il naît moins de 300 jours après l'ordonnance.

C'est dans cette dernière règle que réside la grosse différence entre les enfants adultérins paternels et maternels.

Que décider de l'enfant né plus de 180 jours et moins de 300 jours après l'ordonnance ? Nous avons vu dans la première partie de notre étude que la loi lui refuse le bénéfice de la légitimation. Nous donnerons ici la même solution et pour les mêmes raisons.

De plus la combinaison du § 2 de l'article 331 et du § 2 de l'article 313 nous fait penser que cet enfant est légitime.

Nous avons vu également que les dispositions du § 2 de l'article 331 ne sont que la reproduction de celles du § 2 de l'article 313. Or le désaveu péremptoire prévu par ce dernier article, n'est permis au mari que si l'enfant naît 300 jours après l'ordonnance. C'est donc que s'il naît avant ces 300 jours, il est légitime et que le désaveu est refusé au mari.

Nous raisonnerons de même a propos du § 2 de l'article 331. Né après les 300 jours, l'enfant peut être légitimé. Né antérieurement il est couvert par la règle de l'article 312 comme ayant été conçu avant l'ordonnance. Il est donc légitime.

De plus, nous l'avons déjà dit, la présomption *paleris est...* le couvre parce qu'avant l'ordonnance, le devoir de cohabitation liait les époux.

Done l'enfant né moins de 300 jours après l'ordonnance

est légitime. Il peut cependant être adultérin en fait. Dans ce cas, pour bénéficier de la légitimation, il devra être désavoué par le mari ou ses héritiers (art. 331, § 3). Né au contraire 300 jours après cette ordonnance, il peut être légitimé, mais nous allons voir que la confusion de part semble pouvoir se présenter.

2°) *L'enfant a été conçu pendant la période favorable.*
— L'enfant naît plus de 300 jours après l'ordonnance. Sa conception lui est donc postérieure. Elle a eu lieu à une époque où les relations conjugales avaient cessé. C'est un enfant adultérin dont l'article 331, § 2 autorise la légitimation.

Mais quelles sont les conditions de cette légitimation ? Un rapide historique est ici nécessaire.

Avant 1850, la règle de l'article 312 protégeait les enfants conçus au cours d'une instance en séparation de corps, et ceux conçus après que le jugement était devenu définitif. Le mari, même séparé de corps, devait intenter l'action en désaveu de l'article 312 pour chasser l'enfant de la famille légitime. Demante combattit cet état du droit et fit voter en faveur du mari séparé de corps la loi du 6 décembre 1850. Les lois du 27 juillet 1884 (art. 2) et du 18 avril 1886 (art. 3) étendirent les dispositions de la loi de 1850 au divorce.

Le nouvel article 313, § 2 autorisait le mari, comme il l'autorise encore aujourd'hui, à désavouer l'enfant conçu pendant la période de séparation. Et la loi considère comme susceptible d'être désavoué *tout enfant né plus*

de 300 jours après l'ordonnance et moins de 180 jours depuis le rejet de la demande ou la réconciliation des époux. Exercé dans cette hypothèse, le désaveu est péremptoire, en ce sens que s'il est constant que la conception de l'enfant se place après l'ordonnance, les juges doivent prononcer le désaveu, sans que le mari ait d'autres preuves à administrer, tels que le recel de la naissance, l'impossibilité matérielle de cohabitation, etc. L'unique fin de non recevoir utile que l'on puisse opposer à cette action est la preuve de la réunion des époux pendant l'instance (art. 313, § 3).

Ainsi reste protégé par la règle de l'article 312 tout enfant né au cours du procès où sa mère est engagée avec son conjoint, et cette présomption subsiste jusqu'à la réconciliation des époux ou le rejet de la demande.

La règle de l'article 312 ne subsiste qu'en cas de séparation de corps. Au cas de divorce, cette présomption tombe le jour où le mariage prend fin, c'est-à-dire du moment où le jugement devient définitif par sa transcription sur les registres de l'état civil. Si le mari veut agir, ce ne sera plus par l'action en désaveu, mais par l'action en contestation de légitimité.

Voici rapidement rappelée la portée de l'article 313, § 2 avant 1907. La loi nouvelle ne l'a pas abrogé. Mais il semble que l'un de ces deux textes est inutile et incompréhensible si on veut les appliquer cumulativement.

L'enfant issu des œuvres d'un tiers et d'une femme mariée en instance de séparation de corps ou de divorce n'a pas été désavoué. Il est légitime et l'article 331, § 2 ne peut s'appliquer,

Ce dernier texte n'est pas plus utile si le mari exerce le désaveu péremptoire de l'article 313, § 2. L'enfant désavoué est un enfant adultérin qui peut être légitimé, mais en vertu de l'alinéa 3 de l'article 331.

Ne pourrait-on pas soutenir à propos de cette deuxième hypothèse, que l'article 331, § 2 régit uniquement la situation des enfants adultérins paternels ?

Une semblable opinion est, à notre avis, inadmissible, le législateur ne faisant aucune distinction : « *En ce qui concerne les enfants adultérins* », dit la loi, et cette phrase ne peut être interprétée comme s'appliquant plutôt aux enfants paternels que maternels.

Maintenant si nous remarquons que le point de départ de la période favorable de l'article 331, § 2 est le même que celui de l'alinéa 2 de l'article 313, et que nous songions au sens de ces deux textes, nous sommes frappés de leur opposition. En effet, l'article 313, § 2, laisse subsister la règle *pater is est...* pour l'enfant conçu en cours d'instance. L'article 331, § 2, au contraire, porte atteinte à cette présomption et déclare cet enfant adultérin de plein droit.

Voici donc la question posée. La suite de notre travail va tendre à établir pourquoi et comment le § 2 de l'article 331 fait cesser la règle *pater is est...* qui couvrirait, jusqu'ici, les enfants conçus depuis l'ordonnance rendue au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps.

Nous verrons, au cours de cette étude, s'il existe une conciliation possible entre les deux textes en question.

Certains arrêts semblent avoir fait cesser, avant 1907,

la règle de l'article 312 relativement à l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance, et moins de 180 jours depuis la réconciliation ou le sujet de la demande¹. Mais en lisant cette jurisprudence avec quelque attention, nous pensons qu'à travers l'exagération de langage, elle n' a voulu viser que le désaveu péremptoire du § 2 de l'article 313. S'il n'en était pas ainsi, ce serait faire dire à ces décisions que malgré l'article 313, § 2, l'enfant est étranger au mari, et peut être exclu de la famille légitime par l'action en contestation de légitimité ouverte à tout intéressé. (Ce qu'elles n'ont pas et ne pouvaient pas juger).

Le législateur de 1907 a sans doute puisé dans cette jurisprudence, et s'attachant plus à sa forme qu'à son esprit, a décidé que l'enfant, conçu pendant la période prévue, n'était plus couvert par la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Le rapporteur de la loi du 13 juillet 1907, qui modifie l'article 296 en fixant à une autre époque le moment à partir duquel la femme divorcée peut se remarier, disait lors du vote de cette loi « qu'il fallait déduire de la faculté de désavouer un enfant, l'impossibilité pour le mari d'en être présumé le père. » Il affirmait, de plus, que la confusion de part, qu'empêchait l'ancien article 296, n'était pas davantage à redouter avec le nouveau texte, et que la femme pouvait se remarier après la transcription du jugement de divorce ou de celui de conversion de séparation de corps en divorce, *pourvu que dans le*

1. Req. 19 août 1872, D. P. 73. 1. 479; Caen, 22 décembre 1880, D. P. 82, 2. 53; Lyon, 3 juillet 1890, D. 91. 2. 99.

premier cas, il se soit écoulé un délai de 300 jours depuis le premier jugement rendu dans la cause.

Une femme divorcée se remarie huit ou dix jours après la transcription du jugement de divorce ou de conversion. Un enfant naît 200 jours après ce mariage. Quelle est l'union dont l'enfant pourra se dire conçu si le premier mari ne le désavoue pas ?

Ne devrait-on pas dire d'après le sens donné par le rapporteur de la loi du 13 juillet 1907 à l'article 313, § 2 que l'enfant a été certainement conçu durant le second mariage, puisque la règle de l'article 312 cessait de le couvrir à l'égard du premier mari, du jour où le premier jugement était rendu. Cette solution aurait eu l'avantage d'éviter toute confusion de part.

Nous ne croyons pas qu'il était possible d'admettre cette solution avant la loi du 7 novembre 1907. C'eût été abroger l'article 312, § 2, ce qui est inadmissible.

La situation est au contraire bien changée maintenant. La loi du 7 novembre 1907 a porté une sérieuse atteinte à l'article 313, § 2. Voici quelle est donc la nouvelle formule : « Tous enfants conçus au cours du mariage dont aucun procès n'a relâché le lien, ne peuvent être chassés de la famille légitime que par le désaveu du mari ou de ses héritiers (art. 331, § 3). Ceux qui, par contre, sont conçus soit au cours d'une instance en divorce, ou en séparation, soit après la séparation de corps, se trouvent adultérins de plein droit par la seule date de leur conception (art. 331, § 2)¹. »

1. Signalons en passant deux intérêts à la deuxième partie de notre formule. Le premier, nous l'avons vu, est d'éviter la

Nous invoquerons, en notre faveur, deux solutions jurisprudentielles rendues depuis 1907, qui ont senti l'opposition entre les deux textes et ont tâché de résoudre la question. Dans l'une¹, il a été jugé que la présomption de l'article 312 disparaît pour l'enfant né 300 jours après l'ordonnance de non-conciliation, si du moins il y a eu divorce ou séparation de corps prononcé et que cet enfant peut être légitimé par mariage subséquent, sans que le mari doive ou puisse même le désavouer.

« Attendu, en effet, nous dit l'arrêt, que si le premier (art. 313, § 2) permet le désaveu de paternité, quand il y a eu rejet de la demande ou réconciliation, il l'exclut virtuellement quand il y a eu séparation de corps ou divorce, détruisant ainsi, pour ces deux derniers cas, la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant*, et que, d'autre part, le second (art. 331, § 2) doit être interprété également comme renversant cette présomption, en permettant la légitimation par le complice de l'adultère, *sans la subordonner au désaveu du mari*. »

MM. Colin et Capitant² soutiennent que cet arrêt viole manifestement les articles 312 et 313 du code civil. En effet, cette solution n'est pas conforme à la

confusion de part. Voici le deuxième. Il est tiré du droit pénal. L'enfant tue le mari de sa mère. Si la règle *pater is est...* subsiste, c'est un parricide; dans le cas contraire, c'est un assassinat ou un meurtre. Les conséquences varient suivant le crime commis. (Voir art. 12 et 13, 295 à 305, 321 à 330, code pénal.)

1. Bordeaux, 24 juillet 1911, D. P. 1912, 2. 345, note de M. Planiol.

2. Colin et Capitant, t. I, p. 303 et 304, 1^{re} édit.

présomption *pater is est*... Elle écarte de plus l'article 313, § 2, qui dit formellement qu'« en cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, *le mari peut désavouer l'enfant*... »

Et les savants professeurs ajoutent : « Supposons que l'enfant né dans les conditions indiquées ne soit ni désavoué, ni légitimé, sa mère n'ayant pas contracté de second mariage après son divorce : pourra-t-on soutenir que cet enfant doit être *de plano* considéré comme enfant naturel simple ? (Nous ne sommes pas de cet avis. C'est *adullérin* qu'il faut dire). Ce serait le renversement des principes les plus élémentaires qui dominent la matière. »

L'opinion de ces deux auteurs est donc que la présomption de l'article 312 subsiste, à défaut de texte formel en sens contraire.

Par quels arguments peut-on justifier notre opinion ?

M. Planiol, dans une note placée sous cet arrêt, prétend que le législateur de 1907 a pensé qu'en cas de divorce, la rupture du lien matrimonial se produit bien avant la transcription du jugement ou de l'arrêt et que le point de départ du relâchement conjugal est l'ordonnance de non-conciliation.

« Cette légitimation des enfants nés du second conjoint peut se justifier par des considérations sérieuses, dit M. Planiol, mais elle est en contradiction avec le principe ancien, d'après lequel la rupture du premier mariage se produit seulement lors de la transcription du divorce à l'état-civil. »

Nous ne ferons pas état de cet argument, car nous le croyons faible. La réponse est en effet facile. Il n'est pas possible d'admettre la rupture du mariage à la date de l'ordonnance. En effet, si on l'admettait, au cas de réconciliation des époux, une nouvelle célébration de mariage serait nécessaire (art. 295) ce qui n'est pas le cas. Et puis les enfants qui naîtraient après l'ordonnance seraient naturels simples. Or tout le monde est d'accord pour déclarer qu'ils sont adultérins.

Mais nous invoquerons tout d'abord la tendance du rapporteur de la loi du 13 juillet 1907 à abroger l'article 313, § 2.

Et puis ne pouvons-nous pas raisonner ici, comme le font MM. Colin et Capitant, à propos de l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance, il a certainement été conçu après elle, donc à une époque où le devoir de cohabitation n'existait plus entre les époux? Ne peut-on pas dire alors, en reprenant une expression de MM. Colin et Capitant que « l'évidence de l'illégitimité est plus forte que n'importe quelle preuve ou présomption contraire! »

Nous verrons aussi que la loi du 30 décembre 1915 a ajouté à l'article 313, § 2 un alinéa qui correspond, en partie, notre opinion. Le législateur n'a-t-il pas reproduit *expressément* la solution qu'il avait consacrée dès 1907, mais d'une façon obscure et prêtant à controverse!

Mais voici, à notre avis, la raison décisive. On nous dit que l'article 313, § 2 subsiste et que le désaveu est

1. Colin et Capitant, t. I, p. 264, 1^{re} édit. et 271, 2^e édit.

toujours possible. Mais supposons que le mari n'exerce pas ce désaveu. L'article 331, § 2 deviendra alors lettre morte. Il faut pourtant que ce nouveau texte s'applique, puisque nous savons qu'il est distinct du § 3 de l'article 331 qui vise le cas où le mariage ne s'est pas relâché et qui exige le désaveu. Il ne peut donc dépendre de la bonne ou mauvaise volonté du mari, d'empêcher la légitimation de ces enfants. L'article 313, § 2 est donc abrogé « parce que la volonté du législateur doit être obéie, dit M. Planiol, et que les lois anciennes sont implicitement modifiées par les lois nouvelles qui leur sont contraires. »

La présomption *pater is est* disparaît donc pour les enfants nés plus de 300 jours après l'ordonnance. Le désaveu de paternité devient inutile et même non recevable. Nous ajouterons que si l'article 312 continue à couvrir ces enfants, ils se trouvent assimilés à ceux visés par le § 3 de l'article 331, ce qui est inadmissible.

Voici à quelles conséquences nous conduit notre opinion. Nous les admettons complètement.

La présomption de paternité est écartée, quelle que soit l'attitude du père véritable de ces enfants. Si ce dernier n'épouse pas la mère, qu'il ne le veuille pas, ou ne le puisse pas, étant lui-même marié, ses enfants seront adultérins de plein droit (et non pas naturels simples, comme le déclarent MM. Colin et Capitant et, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer) sans père connu, et sans qu'il y ait de désaveu nécessaire, même sous la forme d'une simple dénégation.

L'autre décision est un jugement du tribunal de Ruffec¹. Elle n'a pas osé aller aussi loin que la cour de Bordeaux, et a voulu garder aux deux textes leur portée respective.

Elle laisse subsister la règle de l'article 312, mais comme il ne peut dépendre du mari d'empêcher la légitimation de ces enfants, en s'abstenant de les désavouer elle décide que cette présomption pourra être combattue par une action en contestation de légitimité, donnée à la mère, pour faire établir leur adultérinité, et cette action serait semblable à celle que l'article 325 donne à tout intéressé, qui en est réduit à établir sa filiation maternelle à l'aide d'une recherche en justice, faute de titre ou de possession d'état.

« Attendu, dit le jugement, que l'action intentée par la dame F..., est une action en contestation de légitimité, qui prend son fondement sur les lois du 7 novembre 1907 et du 13 juillet 1907 (code civil, art. 297); que ces lois sanctionnent un relâchement si complet des liens du mariage, que la femme considérée comme en état de viduité, peut se remarier aussitôt après la transcription du jugement de divorce, si trois cents jours se sont écoulés depuis le premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond; qu'on ne peut donc déduire que la maxime *pater is est...* ne protège plus la naissance de l'enfant, dont la légitimité peut alors être contestée; —

1. Tribunal Ruffec, 21 juin 1911, D. P. 1912, 2. 345, note de M. Planiol.

Attendu que tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître, dès l'instant où l'on admet l'exercice de cette action, dans les cas semblables à l'espèce soumise au tribunal, que cette action, — contrairement à ce qui existe pour l'action en désaveu, — peut être intentée, conformément au droit commun, par tout intéressé; que la mère est évidemment une personne intéressée au premier chef. »

MM. Colin et Capitant protestent contre une pareille solution, avec la même énergie que précédemment : « De pareilles erreurs de droit, disent-ils, sont vraiment inconcevables ! Parler d'une action *en contestation de légitimité* aboutissant à faire déclarer une filiation *adultérine* est un non-sens. En effet, l'action en contestation de légitimité diffère du désaveu, précisément en ce que celui qui l'intente conteste que l'enfant ait été conçu pendant le mariage de sa mère !¹ »

M. Planiol au contraire, dans la même note que pour l'arrêt précédent, tout en préférant le système de la cour de Bordeaux, admet très volontiers la création de cette action : « Il est certain, dit-il, que s'il n'y a pas d'autre moyen de donner satisfaction au législateur, la création implicite de cette action s'impose et qu'elle ne heurte aucun principe ». Et M. Planiol conclut par ces mots : « Si cette action est la condition nécessaire et préalable de la légitimation, sa création implicite par le nouveau texte est une conséquence qui s'impose ».

1. Colin et Capitant, t. I, p. 304, 1^{re} édit.

Nous pouvons ajouter encore que M. Eugène Gaude-met, professeur à la Faculté de droit de Dijon, admet aussi notre opinion. Il va même plus loin puisqu'il enseigne que l'adultérinité de plein droit existe sans restriction, même quand il y a rejet de la demande ou réconciliation¹.

Une troisième décision nous est contraire. C'est un jugement du tribunal de Nogent-le-Rotrou du 2 février 1912². Il admet la survivance de la règle *pater is est...* et il l'admet dans des circonstances vraiment extraordinaires. Non seulement, dit le jugement, cette présomption subsiste après l'ordonnance du président, mais encore devant un titre de filiation qui lui est nettement contraire, puisque ce titre attribue la paternité à un autre que le père présumé.

Le jugement essaie ensuite de réfuter les arguments de l'arrêt de la cour de Bordeaux : « Attendu qu'on ne saurait tirer argument en faveur de l'interprétation ci-dessus combattue (la nôtre et celle de l'arrêt) de ce que l'article 331, complété par la loi de 1907, permet la légitimation par mariage subséquent des enfants nés dans les conditions de l'espèce actuelle, sans subordonner cette légitimation au désaveu du premier mari, puisque ce texte lui-même qualifie les dits enfants d'adultérins, indiquant qu'il respecte la présomption de l'article 312, même à la suite d'un divorce prononcé ».

1. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, p. 481 à 484, n°

2. *La loi*, 18 mai 1912.

Nous croyons cette argumentation tout à fait insuffisante. Cette conclusion tirée d'un mot est excessive. Etablir une relation étroite entre l'enfant adultérin qui est celui issu de relations infidèles d'un des conjoints avec un tiers, et la présomption de paternité, est une erreur. Ainsi, l'enfant issu de relations d'un homme marié et d'une femme libre est adultérin et l'article 312 n'intervient pas.

La loi a employé ce mot, et a écarté la règle *pater is est...* pour marquer simplement que l'enfant a été conçu d'un autre que le mari.

Ainsi ce jugement ne nous paraît pas avoir atteint le principe même établi par la jurisprudence antérieure, avec la portée que nous lui avons donnée.

Toutes ces contradictions prouvent encore une fois les imperfections universellement reconnues de la loi de 1907.

Quoiqu'il en soit, M. Baudry-Lacantinerie admet aussi la solution émise par le jugement du tribunal de Ruffec¹. Et, afin de ne pas conclure à l'abrogation complète de l'article 313, § 2 *dans celles de ses dispositions qui ont trait au désaveu*, le savant professeur affirme qu'il faut lui donner un autre sens. Aussi le combine-t-il avec l'article 315; et propose-t-il, en conséquence, la formule suivante : « En cas de jugement, ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps,

1. Baudry-Lacantinerie, I, *supplément*, p. 1025, 10^e édit., 1908.

tout intéressé pourra contester la légitimité de l'enfant, né 300 jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en contestation de légitimité ne sera pas admise, s'il y a eu réunion de fait entre les époux ».

Nous admettrions très volontiers cette solution, mais elle présente à notre avis un gros inconvénient. Elle permet en effet l'exercice de l'action en contestation de légitimité, pour les enfants conçus après l'ordonnance, quel que soit le résultat de l'instance où est engagée la mère de l'enfant. Tel n'est pas notre avis. Les articles 296 et 297 parlent en effet de procès finissant par un divorce ou une conversion, et l'article 331, § 2 prévoit lui aussi le divorce, la séparation de corps, auxquels il ajoute le décès de l'autre conjoint (le mari dans l'espèce).

C'est donc dans ces seules hypothèses que l'action est recevable. En cas de rejet de la demande ou de réconciliation, la présomption *pater is est...* subsiste.

M. Baudry-Lacantinerie répond ainsi à notre objection : « L'article 313, alinéa 2, dit-il, aurait deux sens différents suivant les hypothèses. Si le divorce ou la séparation est prononcé, ou si le mari décède, l'enfant serait adultérin de plein droit et tout intéressé pourrait contester sa légitimité. Si au contraire, les époux se réconcilient, ou si la demande est rejetée, l'enfant serait tenu pour légitime, à moins que le mari ou ses héritiers ne l'aient désavoué dans le délai légal ! Et alors,

pendant le cours de l'instance, la condition de l'enfant resterait en suspens ! Cela est véritablement inadmissible ».

Nous avons terminé l'étude du § 2 de l'article 331 et des controverses qu'il soulevait. Il s'agit maintenant de conclure.

C'est à notre avis l'arrêt de la Cour de Bordeaux, qui a jugé juste, et nous inspirant des motifs de cet arrêt, voici quelle sera notre formule définitive : « *Sera adultérin, de plein droit, tout enfant conçu après l'ordonnance du président, chaque fois que l'instance se terminera par un des cas prévus par la loi, mais au cas de réconciliation ou de rejet de la demande, la présomption de l'article 312 continuera à couvrir cet enfant* ».

Nous laissons subsister la présomption de paternité en cas de rejet de la demande ou de réconciliation des époux, car nous ne pouvons pas croire que la loi de 1907 ait aggravé la situation d'un enfant qui, avant sa promulgation, était réputé légitime, tant qu'il n'avait pas été désavoué.

Est-ce que notre solution ne présente pas le danger de faire dépendre la règle *pater is est...* d'un événement futur et incertain et de laisser l'état de l'enfant en suspens ? Cette critique formulée par M. Baudry-Lacantinerie est fondée, mais nous n'y pouvons rien. C'est une conséquence fâcheuse de la confusion des textes, et cette incertitude est, à notre avis, une des causes principales qui a motivé la réforme opérée par la loi du 30 décembre 1915.

3° *L'enfant a été conçu après la période prévue.* — La situation de l'enfant variera suivant les hypothèses. Trois cas sont à analyser :

A. — L'article 331, § 2 prévoit le cas où l'instance se termine par la mort du mari. La période favorable est close par ce décès. Si l'enfant a été conçu après l'ordonnance et avant la mort du mari, il est adultérin et peut être légitimé. Conçu au contraire après le décès du mari, il est naturel simple.

Comment connaître la date de la conception de l'enfant et savoir notamment s'il a été conçu après la mort du mari ? La loi de 1907 est muette sur ce point, et la question est délicate à cause des incertitudes que cette loi a fait naître au sujet de l'article 313, § 2.

1° L'enfant naît plus de 300 jours après le décès du mari. Il a été certainement conçu depuis ce décès. L'article 315 donne donc dans ce cas à tout intéressé une action en contestation de légitimité pour rejeter l'enfant de la famille légitime.

2° L'enfant naît moins de 180 jours après la mort du mari. La durée minima de la grossesse fixée par la loi, est, nous le savons, de 180 jours. L'enfant a donc été conçu pendant le mariage et si nous supposons qu'il est né plus de 300 jours après l'ordonnance, c'est un enfant adultérin de plein droit qui peut être légitimé.

3° L'enfant naît plus de 180 jours et moins de 300 jours depuis le décès de l'époux. Si l'article 313, § 2 avait gardé son ancien sens, cet enfant devrait être considéré comme enfant légitime, conçu pendant le

mariage, mais pouvant faire l'objet du désaveu péremptoire donné par ce texte au mari, s'il avait vécu. Mais la loi de 1907, nous le savons, en fait un enfant conçu pendant le mariage, mais adultérin de plein droit, sans désaveu nécessaire, ni même recevable, et pouvant être légitimé.

Laquelle de ces trois situations est la plus favorable à l'enfant ? C'est, à notre avis, celle où il est établi, conformément à l'article 315, qu'il a été conçu depuis la mort du mari. L'enfant est en effet, dans ce cas, naturel simple, et le complice pourra le reconnaître valablement, si la mère se refuse au mariage. La reconnaissance ne serait au contraire valable que dans l'acte de célébration du mariage si l'enfant était adultérin (art. 331, § 2 et 335).

B. — Le second événement, qui met fin à la période prévue, est la transcription du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce. Les solutions sont les mêmes qu'en cas de décès. Nous n'y revenons pas.

C. — La période favorable peut se terminer en dernier lieu par la séparation de corps. Ici encore, les réponses seront identiques.

Voici les trois seules hypothèses où le § 2 de l'article 331 autorise la légitimation des enfants adultérins d'une femme mariée, conçus au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps.

Le complice de l'adultère peut être également marié. Comme précédemment, la conception de l'enfant doit se placer pendant la période favorable pour qu'il puisse être légitimé.

Si le mariage entre époux coupables est impossible, soit que l'instance ait pris fin pour les complices par la réconciliation ou le rejet de la demande, pour l'un seulement, ou pour tous les deux, l'enfant sera, non pas naturel simple, mais adultérin de plein droit, sans père connu, ainsi que nous l'avons déjà maintes fois exposés.

Il faut de plus, comme condition de la légitimation, nous le répétons, que l'enfant soit reconnu par ses deux auteurs dans l'acte même de célébration du mariage. Cette disposition ne prête à aucune discussion. Nous ne nous y étendrons donc pas.

III. — ARTICLES 310, 311.

Il existe une troisième catégorie d'enfants adultérins qui peuvent être légitimés. Ce sont ceux qui ont été conçus, dans la période comprise entre le jour où la séparation de corps prononcée entre les époux est devenue définitive, et celui où elle a pris fin, par la réconciliation, le décès d'un des conjoints ou un jugement de conversion de séparation de corps en divorce (art. 310).

Nous avons dit que ces enfants peuvent être considérés comme ayant été conçus 300 jours après l'ordonnance. Ils sont donc adultérins de plein droit, si l'instance se termine par un des événements prévus par la loi. Mais en ce cas de mort de l'un des époux, le législateur semble exiger que le décès se produise *en cours d'instance*, pour que la légitimation puisse avoir lieu.

Telle ne serait pas notre hypothèse, puisque le jugement ou l'arrêt prononçant la séparation de corps est définitif. Nous ne croyons pas à cette exigence. Il n'y a là, à notre avis qu'un défaut de rédaction. De plus, si nous avions des doutes, les paroles de M. Chaumié que nous avons précédemment citées, seraient de nature à les dissiper.

Ceci admis, nous dirons que le législateur a pensé que la faute commise est en partie excusée par ce fait que les époux sont relevés du devoir de cohabitation. Il faut permettre à l'époux qui a commis cette faute de la réparer complètement.

Quelle est la condition de l'enfant suivant la façon dont prendra fin la séparation de corps ?

1^o Un divorce est intervenu. Congu après la transcription du jugement ou de l'arrêt, l'enfant peut être légitimé comme naturel simple. Congu au contraire dans la période entre le jour où la séparation de corps est devenue définitive et le jour de la transcription du divorce à l'état-civil, l'enfant est adultérin de plein droit et peut être légitimé (art. 331, § 2).

2^o Le décès d'un des conjoints met fin à la séparation de corps. Congu depuis la dissolution du mariage, l'enfant est naturel simple. Si sa conception se place avant le décès du père ou de la mère, il sera adultérin de plein droit et pourra être légitimé, même si le conjoint meurt avant que la séparation de corps soit devenue définitive.

3^o Les époux se sont réconciliés. En principe, la légitimation est impossible, même si la conception est anté-

rieure à la réconciliation, car cette hypothèse n'est pas prévue par l'article 331, § 2. Cependant il n'en est vraiment ainsi que pour le mari. Les enfants de la femme peuvent en effet être légitimés si le mari les désavoue (art. 331, § 3).

§ 3. — *Répercussion de la loi dans le temps.*

L'article 2 du code civil proclame le principe de non-rétroactivité des lois. Aussi le législateur de 1907 a-t-il édicté une mesure spéciale pour les enfants adultérins que leurs auteurs n'ont pu légitimer avant sa promulgation.

Cette disposition était nécessaire, car les tribunaux n'auraient jamais appliqué cette loi aux parents mariés avant le 7 novembre 1907. Ils auraient en effet rencontré une difficulté insurmontable. La loi exige en effet la reconnaissance de l'enfant dans l'acte de célébration de mariage et la reconnaissance *post nuptias* n'est pas admise.

Rappelons cette disposition : « *Les enfants adultérins se trouvant dans les conditions prévues par la disposition qui précède et dont les père et mère auront contracté mariage avant la promulgation de la présente loi pourront être, de la part de ceux-ci, dans le délai de deux ans à partir de celle promulgation, l'objet d'une reconnaissance devant l'officier de l'état-civil du domicile des deux conjoints.*

« *Cette reconnaissance emportera légitimation et mention*

en sera faite en marge des actes de mariage et de naissance. »

La loi de 1907 a donc eu un effet rétroactif pendant deux ans.

Nous allons nous demander successivement quelles sont les conditions de la légitimation, puis quels sont les enfants adultérins qui profiteront de la mesure transitoire.

1^o *Quelles sont les conditions de la légitimation ?* —

Il faut que dans un délai de deux ans, les parents reconnaissent leur enfant devant l'officier de l'état-civil de leur domicile.

Cette condition est l'introduction dans notre droit d'une reconnaissance après le mariage entraînant légitimation. Nous verrons que la loi de 1915 a repris cette solution. Il y a cependant entre les deux législations une différence que nous tenons à marquer dès maintenant. La loi de 1907 n'a admis cette règle qu'à titre transitoire. La loi de 1915 la consacre au contraire comme un mode normal de légitimation, mais encore seulement pour les enfants naturels simples, comme nous l'expliquerons.

Une hypothèse intéressante peut se présenter.

Un enfant adultérin se trouvant dans les conditions prévues pour être légitimé a été déclaré à l'état-civil, avant 1907, comme né de père inconnu, et reconnu légalement par sa mère. Le divorce prononcé, l'homme a épousé sa maîtresse. La loi de 1907, nous venons de le dire, autorise la légitimation, mais la femme meurt avant la promulgation de cette loi.

L'enfant ayant été reconnu avant 1907 par sa mère (ce qu'elle pouvait faire de mieux pour lui à cette époque) pourrait-il être légitimé par une reconnaissance du père ? Nous ne le pensons pas, car l'affirmative se heurterait, à notre avis, aux termes de la loi qui exige formellement une *double reconnaissance* devant l'officier de l'état-civil du domicile des deux conjoints. Ce que nous affirmons sans-arrière pensée, c'est que cette solution est contraire à l'esprit de la loi.

Le législateur a facilité autant que possible la formalité de la reconnaissance. Dans la première rédaction, l'officier de l'état-civil de la commune où le mariage avait été célébré était compétent pour la recevoir. Mais sur les observations de M. Perroche, M. Viollette modifia son texte : « M. Perroché nous demande de ne pas exiger la déclaration devant l'officier de l'état-civil de la commune où le mariage a été célébré. Il fait observer qu'il pourrait en résulter, surtout pour les personnes habitant l'étranger, une impossibilité presque absolue de bénéficier de la loi que nous vous demandons de voter. Nous lui donnons donc satisfaction, et nous substituons, à la compétence de l'officier de l'état-civil où le mariage a été célébré, la compétence de l'officier de l'état-civil de la commune du domicile ¹. »

1. Rapport supplémentaire de M. Viollette à la Chambre, séance du 5 février 1907, *J. off.*, Annexe, n° 732 p. 107.

2° *Quels enfants adultérins vont bénéficier de ce régime de faveur ?*

Il est un point certain. Ce procédé édicté par la disposition transitoire n'est ouvert qu'aux parents mariés avant la promulgation de la loi. Quant aux enfants, il faut indubitablement, que d'après la date de leur conception, ils soient dans un des cas où le nouvel article 331 autorise leur légitimation.

Quel a été le but du législateur en votant cette disposition transitoire ? Il a voulu éviter le conflit qui aurait pu se produire par le passage de la loi ancienne à la loi nouvelle. Nous allons voir qu'il y a cependant des hypothèses qui prêtent à controverse. Ce sera notamment le cas de l'enfant conçu au cours d'une instance en divorce. Quelle sera sa situation avec le nouveau sens donné à l'article 313, § 2 par l'article 331, § 2 ?

Eclairons notre pensée par un exemple.

Un enfant est né, avant 1907, d'une femme en instance de divorce 300 jours après l'ordonnance de non-conciliation du président de tribunal. Le divorce est prononcé et la mère épouse son complice (la loi du 15 décembre 1904 a abrogé l'article 298). L'enfant n'a pas été rejeté de la famille légitime par le désaveu péremptoire de l'article 313, § 2. Il est donc enfant légitime de la mère et du premier mari.

Est-ce que la mère pourrait prétendre qu'en vertu de l'article 331, § 2 modifié en 1907, son enfant est adultérin de plein droit, et, qu'en étant reconnu par elle et le second mari, il sera légitimé en retrouvant sa véri-

table filiation ? Vu l'absence d'une disposition législative, une distinction semble nécessaire.

L'intérêt social ne veut pas, peut-on dire, qu'un changement de législation vienne porter atteinte à un droit acquis, surtout en matière d'état.

Donc, quand la disposition transitoire de la loi de 1907 se heurtera à un fait consommé, la législation antérieure le régira. Ainsi, dans notre hypothèse, si le mari ou ses héritiers n'ont pas avant 1907 exercé, dans les délais utiles, le désaveu péremptoire de l'article 313, § 2, l'enfant sera légitime sans que sa situation juridique puisse être changée. Il y a droit acquis.

Si, au contraire, la situation juridique de l'enfant n'est pas fixée, la disposition transitoire jouera. En conséquence, si en conservant à l'article 313, § 2 son ancien sens, l'enfant né 300 jours après l'ordonnance peut encore être désavoué, parce que le mari de la mère est encore dans les délais utiles pour le faire, la disposition transitoire trouvera son application. L'enfant verra sa situation réglée par le § 2 nouveau de l'article 331. Il sera donc adultérin de plein droit, pouvant être légitimé, et s'il a pris la qualité d'enfant légitime, tout intéressé pourra contester sa légitimité (art. 315).

Nous repoussons cette distinction. Nous la croyons tout d'abord contraire à l'esprit très large de la loi. Le législateur a voulu, sans aucun doute, que la disposition transitoire s'appliquât à tous les enfants adultérins qui peuvent être légitimés. Et quelques-uns seulement pourraient l'invoquer !

Elle est en second lieu mal fondée en droit. Ne pas admettre l'application de la disposition transitoire, quand il y a *droit acquis*, a pour conséquence bizarre d'attribuer à l'enfant la paternité du mari de la mère, alors que le législateur décide que cet enfant est adultérin de plein droit.

Et quels résultats au point de vue pratique ? Quelle affection, quels soins ce père forcé aura-t-il pour un enfant qu'il sait ne pas être le sien et qu'on lui impose ! Une pareille solution nous paraît inadmissible.

Elle priverait en effet un individu d'un droit incontestable, celui de prouver sa véritable filiation. S'opposer dans le cas de droit acquis à la rétroactivité de la disposition transitoire, ce serait empêcher le progrès que le législateur a eu en vue. Il faut considérer le but que la loi s'est proposée, avant de trancher la question d'une façon inflexible et sévère.

Nous appuierons notre interprétation de quelques arrêts unanimes de la cour de cassation¹, et nous dirons avec elle que « la loi nouvelle régit, en principe, les situations établies ou les rapports juridiques formés, dès avant sa promulgation, *quand elle n'a pas pour résultat de léser des droits acquis* ».

Que font les partisans de la distinction entre les droits acquis et les simples expectatives ? En ne voulant pas appliquer la disposition transitoire quand il y a droits acquis, ils lèsent ces droits, car on impose à

1. Civ. 23 décembre 1914, D. 1917. 1. 87; Civ. 20 février 1917, D. P. 1917, 1. 81. Trois arrêts sur cinq espèces différentes.

un enfant une filiation que l'on sait n'être pas la sienne.

Dans les hypothèses voisines de celle-ci, celles notamment d'enfants nés d'une femme séparée de corps ou conçus pendant l'instance en séparation, pour les mêmes raisons nous déciderons que la disposition transitoire est applicable, pendant deux ans, à tous enfants adultérins dont la loi nouvelle autorise la légitimation.

* * *

M. Joseph Hémarq, professeur à la Faculté de droit de Dijon, rapporte dans la *Revue trimestrielle de droit civil* une application fort intéressante de la disposition transitoire¹.

Est-ce qu'un enfant légitimé, en vertu de la disposition transitoire, peut demander la révocation des donations, faites auparavant par ses père et mère, pour cause de survenance d'enfant (art. 960) ?

Le savant professeur signale un jugement du tribunal civil de Toulouse du 26 mai 1908 qui ne l'a pas admis. L'effet rétroactif de la disposition transitoire doit être limité à la légitimation. Elle n'entraîne pas d'autres conséquences au point de vue civil, et notamment la révocation des donations ne peut être demandée par l'enfant.

M. Hémarq n'est pas de cet avis parce que, dit-il, « le législateur n'a pas pu vouloir faire une condition

1. 1909, p. 187, n° 6.

civile différente à cet enfant, qu'on a voulu faire profiter d'un changement de législation que, normalement, il n'aurait pas pu invoquer ». Aussi M. Hémard se décide-t-il pour la possibilité de révocation des donations.

Nous sommes également de cet avis. Nous croyons en effet cette solution plus juridique.

Reprenons l'argument de la cour de cassation. Ne pas permettre à l'enfant de demander la révocation des donations, c'est léser des droits acquis. Ces donations diminuent en effet les successions de ses auteurs, auxquelles l'enfant légitimé a le droit de venir, comme un enfant légitime (art. 333). Elles le lèsent donc.

Aussi doit-il pouvoir demander la révocation de ces donations.

*
* *

L'étude d'ensemble de la loi du 7 novembre 1907 montre les lacunes et surtout les contradictions graves entre les textes qu'a occasionnés la rédaction du Sénat. Ce dernier a eu des scrupules, et a apporté, à la légitimation des enfants adultérins, une limitation qui contredit les principes fondamentaux du code civil (la règle de l'article 312, par exemple), et qui n'est même pas en harmonie avec les idées nouvelles inspiratrices du projet primitif. Comme nous l'avons déjà dit, c'est une œuvre hybride qui se ressent de son exécution trop hâtive et qui nécessitait une nouvelle réforme. La loi du 30 décembre 1915 l'a réalisée, et nous verrons dans quelle mesure elle a amélioré la législation.

DEUXIÈME PARTIE

La légitimation sous l'empire de la législation actuelle. *(Loi du 30 décembre 1915 et du 7 avril 1917).*

Cette partie sera divisée en deux sections. Dans la première, nous y étudierons la légitimation des enfants naturels simples et incestueux. La seconde sera consacrée aux enfants adultérins.

SECTION I

La légitimation des enfants incestueux et naturels simples.

CHAPITRE I

La légitimation des enfants naturels simples et incestueux d'après la loi du 30 décembre 1915.

(ARTICLE 331, § 1 ET 2).

Le § 1 du nouvel article 331 est ainsi conçu : « *Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce adultérin, sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les ont légalement reconnus, avant leur mariage ou qu'ils les reconnaissent au moment de sa célébration. Dans ce dernier cas l'officier de l'état civil qui procède au mariage constate la reconnaissance et la légilimation dans un acte séparé.* »

Par la réintroduction dans ce texte des mots *autres que ceux nés d'un commerce adultérin* et la nouvelle rédaction de l'article 335,¹ le législateur de 1915 reproduit, en l'améliorant, la législation antérieure.

En effet, la disposition finale de l'article 335 constitue à notre avis un progrès. Elle a l'avantage de mettre fin aux controverses qui avaient surgi au sujet de la

1. Article 335 : « Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin, sous réserve des dispositions de l'article 331. »

conciliation des articles 331 et 335. Elle consacre les paroles de M. Viollette¹, que nous avons citées au sujet des deux sortes de reconnaissance, celle à fin de légitimation et la reconnaissance ordinaire.

La reconnaissance ordinaire des enfants incestueux et adultérins reste interdite (article 335); celle à fin de légitimation est seule permise (art. 335 *in fine* combiné avec l'art. 331). Dans ce dernier cas, les règles relatives aux enfants naturels simples s'appliquent également aux enfants incestueux.

Les hypothèses prévues sont au nombre de trois.

§ 1. — *L'enfant a été reconnu antérieurement au mariage de ses auleurs.*

Ce sont dans ce cas les solutions du code civil qui continuent à s'appliquer. La légitimation résultera, de plein droit, de la célébration du mariage et l'officier d'état-civil n'aura pas d'acte spécial à rédiger pour établir cette légitimation.

La clarté avec laquelle est rédigé le nouvel article 331 : « Les enfants nés hors mariage..... sont *légitimés* » au lieu de « *pourront être légitimés* », consacre indubitablement cette solution, puisque déjà sous l'empire de l'ancien texte, la théorie qui n'admettait la légitimation des enfants reconnus avant le mariage qu'après

1. *J. Off.* 19 février 1907. *Déb. parl.* Chambre, p. 382.

une déclaration formelle des parents en ce sens¹, avait été unanimement abandonnée.

Ce mode de reconnaissance est préféré aux deux autres. Voici, en effet, à ce sujet les prescriptions de M. Viviani, garde des sceaux, contenues dans une circulaire du 10 janvier 1916² : « Il conviendra, dans la pratique, que les officiers de l'état-civil suggèrent aux futurs époux de reconnaître tous deux l'enfant le plus tôt possible, *et de préférence avant la célébration de l'union projetée*. Cette façon de procéder aura pour avantages : d'une part, d'assurer aux enfants, dans toute éventualité, le bénéfice d'une filiation ; et, d'autre part, de permettre la célébration du mariage sans que les assistants soient mis au courant d'une situation que les futurs peuvent avoir intérêt à ne pas divulguer. »

Les raisons invoquées par le ministre nous semblent bonnes. Il faut toujours encourager des parents à reconnaître le plus tôt possible leur enfant, car plus tard, ils peuvent ne plus vouloir ou être décédés.

Il est en second lieu inutile que des tiers connaissent une situation que des parents peuvent avoir grand intérêt à cacher.

Dans une seconde circulaire du 18 juin de 1917³, rendue en application des lois de 1915 et de 1917, M. Viviani s'occupe de la transcription de l'acte de reconnaissance en marge de l'acte de naissance.

1. Voir Tribunal civil de Rambouillet, *Gazette des Tribunaux*, 31 mai 1826.

2. *J. Off.*, du 13 janvier 1916.

3. *J. Off.*, du 21 juin 1917.

Des concubins reconnaissent leur enfant antérieurement à leur union, et devant un officier de l'état-civil autre que celui qui a reçu l'acte de naissance. Dans ce cas, celui qui a reçu la reconnaissance doit *immédiatement* prévenir le maire du lieu où l'acte de naissance a été dressé afin que la reconnaissance soit transcrite en marge de cet acte.

Cette prescription est raisonnable. Elle a en effet pour but d'éviter un oubli si le mariage tardait à se produire.

§ 2. — *L'enfant a été reconnu au moment du mariage.*

L'article 331 réalise ici quant aux formes de la légitimation une innovation très importante. *La reconnaissance et la légitimation doivent être constatés dans un acte séparé.*

La nouvelle disposition a pour origine la proposition de loi des sénateurs Catalogne et Cicéron dont nous avons déjà parlé¹ : « La loi du 30 novembre 1906 dit M. le sénateur Catalogue, modifiant les articles 45 et 57 du code civil, a permis aux enfants légitimés de se faire délivrer un acte de naissance exactement semblable à celui des enfants légitimes. Mais cette loi est incomplète; elle laisse en effet subsister pour les parents de l'enfant légitimé l'inconvénient qu'elle a

1. Séance du 26 novembre 1908. Session extraordinaire.

J. Off., du 15 décembre 1908. *Doc. parl.* Sénat. Annexe n° 293, p. 32.

voulu faire disparaître en ce qui concerne l'enfant. En effet, lorsque les parents ont légitimé l'enfant lors de leur mariage, ce qui est le cas de beaucoup le plus fréquent, ils ne peuvent se faire délivrer d'expédition de leur acte de mariage sans que la mention de la légitimation y figure. Cette mention est à la fois inutile et gênante. Inutile, parce que s'il s'agit de faire la preuve du mariage, l'acte de mariage suffit, et s'il s'agit de prouver la légitimité des enfants, leur acte de naissance surtout depuis la loi du 30 novembre 1906, suffit. Gênante et même humiliante, parce qu'elle rappelle ou fait connaître aux tiers une faute qu'il n'y a aucun intérêt à divulguer. »

Puis, par des exemples, l'orateur montre combien serait utile le vote de sa proposition. Une femme mariée traite avec un tiers. Elle doit produire son acte de mariage établissant qu'aucun contrat de mariage n'a été dressé. Est-il utile que ce tiers apprenne ainsi la légitimation de l'enfant ?

Une veuve de fonctionnaire désire obtenir la réversibilité de la pension de retraite de son mari. Elle doit délivrer son acte de mariage; quelle utilité y a-t-il à ce que la légitimation soit en marge de cet acte, et de plus « combien pénible pour elle l'obligation d'avouer une faute commise il y a peut-être de longues années! »

La commission sénatoriale a cédé aux préoccupations très légitimes des auteurs de la proposition et a voté la disposition que nous étudions. La Chambre des Députés l'a également sanctionnée,

Nous approuvons cette réforme, car nous la trouvons de bonne législation. Comme le laissait entrevoir M. Catalogne dans l'exposé des motifs elle est le complément indispensable de la réforme de 1906; quel est en effet le but de la légitimation? C'est de placer les enfants illégitimes dans la même situation que ceux nés dans le mariage et d'effacer ainsi leur origine irrégulière. Or, ce but ne serait pas atteint si à chaque instant les tiers pouvaient connaître cette origine par la production de l'acte de mariage.

L'acte de reconnaissance et l'acte de mariage sont donc dissociés.

Mais dans le silence de la loi, sur quels registres se fera l'inscription de l'acte de reconnaissance? L'hésitation est due à la rédaction de l'article 40 du code civil qui permet indifféremment l'emploi de un ou de plusieurs registres. La circulaire du garde des Sceaux du 10 janvier 1916 tranche la question. S'il existe dans la commune un registre spécial pour les reconnaissances d'enfants naturels, l'inscription devra y être faite, sinon elle le sera sur celui des actes de naissance *et non de mariage*, à moins toutefois qu'il n'existe qu'un seul registre pour tous les actes.

Cette solution est conforme au § 8 de l'article 331 : « *Toute légitimation sera mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.* »

Donc l'expédition d'un acte de mariage, délivrée à quiconque la requerra, ne devra pas contenir la partie relative à la légitimation.

L'enfant légitimé, ses ascendants et descendants en ligne directe, son conjoint, son tuteur ou son représentant légal, s'il est mineur ou en état d'incapacité, et le procureur de la République, pourront seuls, conformément à l'article 57, § 8, se faire délivrer une copie intégrale de l'acte de mariage et de l'acte de légitimation.

Mais il est une hypothèse à laquelle le législateur n'a certainement pas songé. Dans les communes où il existe un registre spécial pour les reconnaissances d'enfants naturels, la loi du 30 novembre 1906 n'interdit pas à toute personne de se faire délivrer une expédition de l'acte de reconnaissance et de légitimation. Le but de la loi n'est donc pas complètement atteint.

L'article 6, § 1 de la loi du 30 décembre 1915 contient une disposition, qui étend le nouveau texte aux parents déjà mariés et qui ont légitimé leurs enfants naturels : *« Pour les mariages antérieurs à la promulgation de la présente loi, il ne sera plus délivré d'expédition commune de l'acte de légitimation et de l'acte de célébration du mariage, que dans les conditions déterminées par l'article 57 du code civil. »*

Est-ce que la règle nouvelle est entièrement satisfaisante? On serait tenté de le nier, car la constatation de la reconnaissance et de la légitimation, dans un acte séparé, n'est exigée que quand l'enfant est reconnu dans l'acte de célébration du mariage. Pourquoi n'en est-il pas de même quand il a été reconnu avant le mariage?

La réponse est facile. Parce que dans ce dernier cas,

la reconnaissance est faite dans un acte séparé, qu'elle est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant et que la célébration du mariage entraîne de plein droit légitimation sans que l'officier de l'état-civil ait d'acte spécial à rédiger pour établir cette légitimation.

* * *

Le 15 juin 1911, M. Reymonencq, sénateur, avait proposé de dispenser de toutes publications les mariages entraînant légitimation d'enfant naturel¹. Et à l'appui de sa proposition, il invoquait des arguments qui ne sont pas sans valeur.

Les personnes qui voudraient légitimer un enfant naturel passent souvent pour mariés. Les publications auront pour inconvénient de faire connaître leur état de concubinage. Dans ces conditions, ils préféreront ne pas se marier, et les enfants ne seront pas légitimés.

La commission sénatoriale a rejeté cette proposition et nous ne pouvons que le regretter.

§ 3. — *L'enfant a été reconnu postérieurement au mariage de ses auteurs.*

La loi nouvelle autorise dans ce cas la légitimation par jugement. Mais remarquons tout de suite que ce

1. *J. Off.*, 25 août 1911, annexe n° 197, p. 841 et 842.

mode de légitimation ne s'applique qu'aux enfants naturels simples. Par l'effet des dispenses obtenues après le mariage, les enfants incestueux se trouvent de plein droit légitimés.

Nous avons vu, dans notre Introduction, que le code civil exigeait la reconnaissance antérieure au mariage ou dans l'acte de célébration pour que la légitimation se produise. La reconnaissance *post nuptias* ne pouvait produire cet effet. Elle ne pouvait conférer à l'enfant « que la situation socialement inférieure d'enfant naturel reconnu. » (articles 333, 337, 338).

Cette solution était d'autant plus pénible qu'il arrivait très fréquemment que des parents, par ignorance ou erreur, ne reconnaissent pas leurs enfants avant le mariage ou dans l'acte de célébration, croyant que le mariage les légitimait *ipso facto*. « Dans la croyance populaire, l'adage *Le mariage légitime* est resté aussi exact que l'adage *Le mariage émancipe* qui lui, a été consacré par l'article 476 du code civil. » (Proposition de loi Mazière, Exposé des motifs). Il était malheureusement trop tard pour réparer l'erreur commise¹.

Aussi avons-nous vu quels expédients employait la

1. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 janvier 1913 (D. 1913, 1. 205) a jugé que les époux seraient non recevables à prouver que l'omission de la légitimation dans l'acte de mariage était dû à la négligence de l'officier de l'état civil, et en conséquence ne pourraient être restitués contre les effets de l'omission. Recevoir cette preuve c'eût été, comme le dit l'arrêt, admettre la preuve testimoniale de la légitimation, qu'interdit sans aucun doute l'article 331. Solution très juridique, mais combien sévère en fait!

jurisprudence pour éviter les conséquences rigoureuses de notre droit¹.

Il y avait donc urgence à modifier l'état de choses actuel. Aussi, sous l'inspiration de la Société d'Etudes législatives, M. Mazière, sénateur, dépose le 21 février 1911² une proposition de loi qui est l'origine de la disposition actuelle³.

Dans l'exposé des motifs, M. Mazière reprend les objections formulées contre la légitimation *post nuptias*.

La première de ces objections a été formulée lors des travaux préparatoires du code civil.

Les époux, dit-on, légitimeraient après le mariage un enfant qui leur serait étranger ou au moins à l'un d'entre eux, en tournant les règles sévères de l'adoption.

En second lieu il ne faut pas permettre aux époux de choisir entre une légitimation antérieure ou postérieure au mariage, car l'enfant pourrait en souffrir. Le changement de volonté de ses auteurs ou le décès du père ou de la mère peuvent en effet rendre sa légitimation impossible.

La troisième critique est, à notre avis, la plus sérieuse.

Une femme reconnaît un enfant naturel. Plus tard, elle se marie avec un autre que le père de l'enfant. Le

1. Civ. 27 décembre 1905, D. P. 1906, I. 195, note de M. Binet (Arrêt déjà cité).

2. *Sénat*. Séance du 21 février 1911, session ordinaire. Annexe n° 49, *J. Off., doc. parl.* Sénat. p. 59.

3. Nous négligerons les autres projets de loi (Proposition Merle du 21 mai 1907., Amendement Mazière du 10 décembre 1910, Proposition R. Péret du 10 décembre 1912.)

mari ne reconnaît naturellement pas cet enfant puis que ce n'est pas le sien. Mais la femme obtient quelques années après, de son époux, qu'il reconnaisse l'enfant, et la légitimation qui en est la conséquence fait entrer un étranger dans la famille légitime du mari.

De l'avis unanime, il y a là un danger.

La réponse de M. Mazière à ces objections nous semble satisfaisante : « Le moyen, dit-il, consiste à décider qu'en principe, comme il est prescrit actuellement, la reconnaissance postérieure au mariage n'emportera pas légitimation, mais que les parents pourront demander au tribunal un jugement transformant cette reconnaissance en légitimation. Il est à prévoir que dans la très grande majorité des cas, le tribunal sera amené par l'examen des faits à rendre un jugement en ce sens. »

L'intervention du tribunal civil est en effet un moyen de contrôle suffisant pour éviter les fraudes. Il verra ce que vaut la demande de légitimation et ne jugera, qu'après s'être entouré de toutes les garanties nécessaires.

Le § 2 de l'article 331 est ainsi conçu : « *Lorsqu'un enfant naturel aura été reconnu par ses père et mère ou par l'un d'eux postérieurement à leur mariage, celle reconnaissance n'emportera légitimation qu'en vertu d'un jugement rendu en audience publique après enquête et débat en chambre du conseil, lequel jugement devra constater que l'enfant a eu, depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun.* »

Le père ou la mère ont donc reconnu leur enfant,

l'un avant la mariage ou dans l'acte de célébration et l'autre après le mariage, ou tous deux l'ont reconnu après le mariage.

La situation initiale posée, une décision du tribunal civil de la Seine du 31 mai 1916¹, va nous servir de guide.

a) *Introduction de la demande.*

« Attendu que R... et sa femme, dit notre jugement, domiciliés à Asnières, rue....., *ont présenté requête au tribunal* afin de faire déclarer, conformément aux prescriptions de l'article 1^{er} § 2 de la loi du 30 décembre 1915, modifiant l'article 331 du code civil, que la reconnaissance de Joseph-Emile, enfant naturel, qu'ils ont faite postérieurement à leur mariage emportera légitimation de l'enfant. »

L'instance a été ouverte dans notre hypothèse sur requête, mais il n'est pas douteux que, s'il y avait un défendeur, elle pourrait l'être sur assignation.

M. Francastel, rapporteur de la Société d'Etudes législatives, avait demandé que la requête soit faite par les deux époux et devant le tribunal de leur domicile. Cette triple exigence a été rejetée.

L'enfant devenu majeur peut évidemment intenter cette action. Mineur, ce sera son tuteur qui devra l'exercer.

¹ *Gazette des Tribunaux*, 2 septembre 1916.

Est-ce que la demande doit être formée par les deux époux ? Qu'arrivera-t-il si l'un d'eux poursuit seul l'instance ?

Autant de questions dont la loi ne parle pas. Nous croyons dans ce dernier cas la demande non recevable, même si l'enfant a été reconnu par ses deux auteurs. La raison de notre solution est que la légitimation exige le consentement des parents. Or, ce consentement ne peut se manifester que si les deux auteurs interviennent dans la cause.

Nous apporterons cependant une exception à cette règle.

Un des auteurs de l'enfant l'a reconnu avant le mariage. Celui-ci est célébré et les époux croient qu'il a entraîné une légitimation de leur enfant. Longtemps après, pour une raison quelconque (examen, inscription dans une Faculté) ils ont besoin d'un acte de naissance de leur enfant. Ils s'aperçoivent alors que la mention de légitimation n'y figure pas. L'enfant n'est donc pas légitimé. Ils veulent réparer leur erreur en usant de la nouvelle loi, mais l'époux qui a reconnu l'enfant est mort dans l'intervalle.

Il nous semble impossible ici de refuser au survivant le droit d'intenter cette action après avoir à son tour reconnu l'enfant. Donner une solution contraire serait aller contre le but de la loi.

b) *Marche de la procédure.*

MM. Francastel et Mazière étaient en désaccord.

Le premier demandait la chambre du conseil, sans donner les raisons de cette préférence.

L'autre préconisait au contraire l'audience publique. Elle avait l'avantage, disait-il, d'éviter toutes les fraudes.

« Pourquoi, dit M. Mazière, cette procédure mystérieuse de la chambre du conseil quand il s'agit de déjouer une fraude possible? Si les demandeurs sont de bonne foi, quel inconvénient y a-t-il pour eux à démontrer leur erreur du droit en audience publique. Jamais cause n'eût autant besoin du maximum de publicité : le code civil hollandais, qui exige l'insertion de la demande dans les journaux, s'il plaît au tribunal, nous semble mieux inspiré. »

Dans la séance de la Société d'Etudes législatives du 7 avril 1910¹, M. Vaunois, avocat à la Cour d'appel, craignait lui aussi que la chambre du conseil ne donnât pas les garanties suffisantes. Mais M. Baudoin, procureur à la cour de cassation lui répondit que quand il s'agissait de l'état des personnes, les tribunaux, notamment à Paris, prennent toutes les précautions nécessaires (Enquêtes sérieuses, audition de témoins, etc....) Le jugement n'est donc pas rendu à la légère.

¹ *Bulletin de la société d'études législatives*, année 1910, n° 2, p.122.

L'opinion de M. Mazière n'a pas prévalu. Compétence est donnée au tribunal siégeant en chambre du conseil, même s'il y a un défendeur. En appel, la procédure sera la même. L'enquête est faite par les autorités municipales ou la police. On entend les dépositions des témoins, parents ou non des auteurs de l'enfant cités à la requête du procureur de la République (art. 83, 2^o code de procédure civile).

Mais le jugement est rendu en audience publique. Cette mesure a pour but de permettre à tout intéressé d'attaquer la décision par la voie de la tierce opposition (articles 474 et suivants, C. pr. civ.).

c) *Que doit constater le jugement?*

« Attendu, dit la décision du 31 mai 1916, qu'à la diligence de M. le procureur de la République, la mère du requérant, la dame veuve R..., ainsi que la mère de la requérante, la dame C..., demeurant toutes deux à Bois-Colombes, ont été entendues ainsi que plusieurs autres témoins, et qu'il est résulté des déclarations de ces différentes personnes que Joseph-Emile a toujours habité avec les requérants et qu'il a été considéré par tout le monde comme leur enfant;

« Attendu que cette enquête établit que, depuis la célébration du mariage, Joseph-Emile a eu la possession d'état d'enfant commun; »

Comme le déclare notre jugement, le tribunal doit constater que l'enfant a eu depuis le mariage la posses-

sion d'état d'enfant commun. L'article 321 du code civil énumère les faits qui constituent la possession d'état d'enfant légitime.

Est-ce à cet article qu'a songé le législateur par les mots *possession d'état d'enfant commun*? On pourrait en douter, car l'article 321 ne s'occupe que de la filiation légitime.

Nous savons, d'autre part, que la jurisprudence n'a jamais admis que la possession d'état puisse prouver la paternité ou la maternité naturelles¹.

Pour nous, frappé de l'étrangeté qui existe à attribuer un effet probatoire plus grand à la reconnaissance qu'à la possession d'état, le législateur de 1915 a consacré pour le cas particulier qui nous occupe la possibilité de preuve de la filiation naturelle par la possession d'état. En quoi consistera-t-elle? Le législateur renvoie à l'article 321 (c'est ainsi d'ailleurs que l'a compris le jugement que nous citons). Il faudra donc que le père ait donné son nom par reconnaissance ou, *en fait*, dans le cas contraire, à l'enfant et, qu'à l'égard de la société et de la famille des concubins, il ait toujours été considéré comme leur enfant.

Nomen, fama, tractatus sont les trois mots qui résument la possession d'état d'enfant légitime ou naturel.

Nous approuverons le législateur. Admettre la possession d'état est à notre avis fort raisonnable, car la réunion des conditions qu'elle exige établit indiscutable-

1 Voir notamment Civ. 3 avril 1872. D. P. 72. 1. 113.

ment que les père et mère n'ont pas abandonné leur enfant, qu'ils l'ont élevé et qu'ils ont pourvu « à son éducation, à son entretien et à son établissement. »

La légitimation subséquente présente, à notre avis, plusieurs avantages. D'abord, elle sera la récompense accordée à des concubins qui ont fait leur devoir. Les règles de la puissance paternelle s'étendront aux enfants mineurs. Mais elle sera aussi le plus souvent la réparation de l'erreur commise par les père et mère, qui avaient cru légitimer leurs enfants, par le fait seul du mariage, sans reconnaissance antérieure ou dans l'acte de célébration.

La possession d'état d'enfant commun, prouvée (et nous savons qu'elle peut l'être par tous les moyens, présomptions simples, témoignages, etc...) le tribunal doit prononcer la légitimation.

d) *Compétence.*

Quel est le tribunal compétent? La loi de 1915 est muette sur ce point.

« Attendu, continue notre jugement, que les requérants étant domiciliés à Asnières, le tribunal de la Seine est compétent pour statuer sur leur requête. »

Le jugement consacre la solution conforme au droit commun.

Le tribunal du domicile des époux est compétent. S'il y a un défendeur, c'est le tribunal de son domicile (art. 59, § 1 et 2, code de procédure civile).

Est-ce que le tribunal du lieu de naissance de l'enfant serait compétent?

L'article 99 du code civil, modifié par la loi du 8 juin 1893 décide, dans son premier paragraphe, que le tribunal compétent, pour ordonner la rectification d'un acte de l'état civil, est, *en principe*, celui du lieu où l'acte a été reçu. (Les paragraphes suivants apportent des exceptions à cette règle).

Nous ne pensons pas que ce texte puisse recevoir ici son application. La demande dépasse, en effet, la portée d'une simple rectification d'acte de l'état-civil. Il s'agit là d'une question d'état.

Une décision du tribunal de Versailles du 9 janvier 1918¹ a jugé dans ce sens.

« Attendu, dit ce jugement, que les dispositions de l'article 99, § 1^{er} du code civil ne sont pas applicables en l'espèce; qu'en effet, il ne s'agit point d'une rectification ordinaire d'un acte de l'état-civil, mais d'une demande en légitimation soumise à des règles, enquêtes et débats, spécialement déterminés par la nouvelle loi. »

e) *Date de la légitimation.*

Est-ce que la légitimation produit ses effets au moment du jugement, ou a-t-elle, un effet rétroactif au jour de la deuxième reconnaissance?

La question présente un grand intérêt, au point de vue successoral.

1 La loi, 17 mars 1918.

Si la légitimation ne se produit qu'au jour du jugement, il n'y aura pas lieu de refaire, sur de nouvelles bases, le partage de la succession de son ou de ses auteurs, auxquelles l'enfant a été régulièrement appelé comme naturel simple. Il n'aura aucun droit à prétendre dans la succession des auteurs de ses auteurs.

Avec la théorie inverse, le partage devra être recommencé, car il est légitime depuis la deuxième reconnaissance et sa part s'en trouve accrue. Il viendra aussi aux successions des auteurs de ses auteurs, morts entre la deuxième reconnaissance et le jugement. (Le partage de ces successions sera également à refaire.)

Ne faut-il pas admettre que c'est au jour de la deuxième reconnaissance que remontent les effets de la légitimation, puisque la loi dit que *la reconnaissance emportera légitimation*. Mais cet argument ne nous paraît pas convaincant.

f) *Transcription du jugement.*

« Attendu, dit en terminant notre décision, que la légitimation de l'enfant modifiant son état civil, il convient d'ordonner *la transcription du présent jugement* sur les registres de l'année courante des actes de naissance de Saint-Germain-en-Laye, conformément aux prescriptions de l'article 101 du code civil, et de l'article 857 du code de procédure civile et sa mention en marge de l'acte de naissance;
Par ces motifs,... »

Vu le silence de la loi; M. Viviani, dans la circulaire précitée du 10 janvier 1916, s'inspirant de l'article 251 du code civil qui n'exige que la transcription du jugement ou de l'arrêt de divorce sur les registres de l'état civil, prescrit la *transcription du dispositif du jugement* sur les registres de l'année courante des naissances de la commune où est né l'enfant.

Le jugement du 31 mai 1916 que nous analysons a méconnu ces prescriptions puisqu'il exige la transcription du jugement tout entier, motifs et dispositif.

Le tribunal de la Seine exige également la mention de légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant. C'est l'application du paragraphe 8 du nouvel article 331. Mais cette mention ne fait-elle pas double emploi avec la transcription du dispositif du jugement. Nous le pensons. Le législateur de 1915 n'y a pas songé.

CHAPITRE II

La légitimation d'après la loi du 7 avril 1917.

L'article 331, même tel qu'il a été remanié, exige encore pour que la légitimation soit possible, la reconnaissance et le mariage. La loi du 7 avril 1917 va aller plus loin et réaliser une grande innovation, car elle

organise la légitimation *sans mariage*. Est-ce un retour aux conceptions anciennés de légitimation par rescrit du prince, du droit romain, ou par lettres patentes du roi, de l'ancien droit ? Nous ne le pensons pas. Ce sont les deuils nombreux causés par la guerre qui ont inspiré cette réforme.

Les motifs de cette loi dont les propositions de M. Lefas du 12 octobre 1915 (art. 2)¹ et Maurice Viollette du 3 novembre 1915 (art. 1^{er})² sont l'origine, ont été exposés par ce dernier.

Beaucoup de pères partant à la guerre n'ont pas eu le temps de se marier et de légitimer leurs enfants. Alors sont intervenues les lois des 4 avril et 19 août 1915 qui ont permis aux mobilisés de se marier par procuration et en conséquence, de légitimer leurs enfants. Mais, dit M. Viollette, il ne faut pas oublier que près de 300.000 hommes étaient déjà morts pour la France avant la promulgation de la première de ces lois, sans avoir pu en profiter. Pour ceux qui sont encore vivants, le mariage par procuration présente des inconvénients. Avec sa procédure longue et compliquée, il est à craindre qu'ils ne soient tués avant la célébration du mariage. Aussi M. Viollette veut apporter un remède à cette situation fâcheuse. Il demande la possibilité de légitimation, sans mariage, après le décès du père sous les drapeaux « Seulement, dit-il, comme

1 *J. Off.* du 29 octobre 1915. Annexe n° 1349. p. 1037.

2 *J. Off.* du 28 novembre 1915, annexe n° 1403. p. 1134 et 1135.

cet événement qui s'impose aux volontés particulières, la guerre, est survenue, je vous demandé de dire que comme le père est mort pour la France, l'enfant n'en souffrira pas et que par exception la loi va lui donner la situation morale et matérielle de fils légitimé. »

M. Viollette ajouté qu'il a trouvé en Italie un décret récent qu'il cite d'ailleurs et qui permet la légitimation sans mariage. Nous verrons d'ailleurs que ce décret n'est pas nouveau et que ce mode de légitimation existait dans ce pays avant la guerre.

Les deux chambres se mirent d'accord sur le principe de la loi, mais au sujet des détails, le débat a été très vif entre les deux commissions.

La proposition de loi du 3 novembre 1915 a occupé six séances de la Chambre, trois du Sénat, a fait l'objet de sept rapports, quatre de M. Viollette trois de M. Catalogne, après être revenue deux fois au Sénat, et deux fois à la Chambre.

Il ne nous est pas possible d'analyser tous ces rapports. Nous nous contenterons de signaler au cours de l'étude de cette loi les divergences de vues entre les deux commissions sur les points importants.

La loi du 7 avril 1917, comme son titre l'indique, admet donc la légitimation posthume (art. 1^{er}). L'article 2 étend ce mode de légitimation aux mariages par procuration. L'article 3 rend cette loi applicable à l'Algérie et aux colonies.

LOI DU 7 AVRIL 1917 (ARTICLE 1^{er}).

1^o *Décès du père* (Article 1^{er}, § 1). — Comment s'est produit ce décès ? M. Viollette avait demandé le 3 novembre 1915 que le père *soit décédé* sous les drapeaux depuis le 4 août 1914. La légitimation était permise en conséquence aux enfants de pères décédés, quelque fût le lieu de la mobilisation, au front ou à l'intérieur, et quelle que fut la cause du décès. La disposition était donc très libérale. La commission sénatoriale, le 13 avril 1916¹, repoussa ce texte et le remplaça par les mots *dont le père mobilisé est décédé hors de sa région militaire depuis le 4 août 1914*. Car « le but de la loi, en effet, dit M. Catalogne, est de faciliter, mais de ne faciliter que la réalisation de projets empêchés par l'éloignement.

» Tant pis pour les intéressés, si, maintenus dans leurs régions ils ne sont pas vigilants et négligent leurs devoirs familiaux. »

Le changement est important, mais le motif invoqué par l'honorable rapporteur ne nous semble pas très rationnel, puisque le mariage par procuration entraîne la légitimation.

Ainsi remanié, le texte revient à la Chambre le 30 juin 1916. M. Viollette² n'eut pas de peine à démon-

1 Rapport de M. Catalogne. *J. Off.* du 10 mai 1916. Annexe n° 158. p. 231 à 234.

2 *J. Off.* du 18 juillet 1916. Annexe n° 2263. p. 941.

trer à quels résultats iniques aboutissait le texte proposé par le Sénat.

Un père domicilié à Paris y est mobilisé. Puis il part au front, y est blessé et est évacué sur un hôpital de Versailles où il meurt. La loi ne lui sera pas applicable, car il est décédé *dans sa région militaire*.

De même un soldat qui habite Verdun est tué au cours des terribles assauts livrés par les Allemands contre cette ville (22 février au 23 juin 1916). Ses enfants ne profiteront pas de la nouvelle loi car il est mort *dans sa région militaire*. Et M. Viollette ajoute « Nous pourrions généraliser pour tous les hommes des régions envahies auxquels on supprime ainsi le bénéfice de la loi. »

L'exposé des conséquences du texte sénatorial émut le Sénat et l'accord finit par se faire sur le texte aujourd'hui en vigueur.

La loi est donc applicable quelle que soit la cause du décès, maladie, blessure, accident, noyade ou encore au pansage un homme a été tué d'un coup de pied de cheval (Il y en a eu de fréquents exemples notamment à Montauban¹) et le lieu de la mort, aux tranchées, dans la zone des armées ou à l'intérieur.

M. Wahl² soutient que la loi ne recevra pas son application, si le décès a eu lieu après la démobilisation.

1 Il n'en serait pas de même du suicide, car il n'y a pas là de blessures reçues ou de maladies contractées ou aggravées pendant le séjour sous les drapeaux.

2 A. Wahl. *Le droit civil et commercial de la guerre*, t. 1, p. 55 n° 38.

tion du père, même pour cause de maladie, blessure, etc... contractée sous les drapeaux, le mot *mobilisé* signifiant qui est *mobilisé* et non pas *qui a été mobilisé*.

Nous ne sommes pas de l'avis de l'éminent professeur. Son opinion aboutit en effet à des conséquences vraiment trop injustes. Un exemple va nous les révéler.

Un soldat meurt à l'hôpital dans les conditions voulues. Ses enfants vont pouvoir être légitimés. Quelques jours après sa réforme, un père meurt de blessure reçue au front. Le bénéfice de la loi sera refusé à ses enfants.

Nous ne pouvons admettre une solution aussi choquante. Et c'est pourquoi nous étendons la loi aux deux hypothèses. Il n'y a à notre connaissance malheureusement aucune décision de jurisprudence sur cette question. Si les tribunaux ont à se prononcer à ce sujet nous souhaitons qu'ils admettent notre opinion très libérale.

L'acte de décès et non l'avis de décès est envoyé à la mairie par le bureau du régiment et transmis par elle à la famille. Il est en général très difficile de se procurer cet acte, car il n'est pas encore dressé par les bureaux du Ministère de la guerre au moment d'engager l'instance. Alors pratiquement, les avoués emploient le procédé suivant. Ils prennent un jugement de décès.

2^o *Renvoi à l'article 331 du code civil (art. 1^{er}, § 1).*

M. Viollette avait proposé à l'origine *dans les termes*

du droit commun. La formule actuelle préférée du Sénat a le même sens. Que signifie cette référence ?

Nous pensons que par ces mots, le législateur a voulu marquer que ce mode de légitimation ne pouvait s'étendre aux enfants adultérins, auxquels l'article 331 reste seul applicable. C'est donc à tort, à notre avis, que la circulaire du Garde des Sceaux du 18 juin 1917 suppose que la loi du 7 avril 1917 est applicable à ces enfants.

3^o Tribunal compétent et procédure (art. 1^{er}, § 1). — Le tribunal compétent est celui de l'ouverture de la succession du père. Le projet primitif ajoutait *sous les réserves des dispositions de la loi du 6 février 1915*, ce qui permettait le transport de l'instance à un autre tribunal, au cas d'interruption de communication (Le tribunal de la résidence au lieu du tribunal de l'ouverture de la succession).

La commission du Sénat écarta, avec raison, cette mention comme inutile, car la loi de 1917 n'abroge pas celle du 6 février 1915. Cette dernière loi reste donc en vigueur.

Des difficultés insolubles pouvaient se produire.

Un père domicilié à Vervins (Aisne), pays occupé, meurt sur le front. L'instance sera portée devant le tribunal de son domicile ou de sa résidence en pays non occupé. Mais que décider, s'il n'y a ni domicile, ni résidence ? La difficulté ne peut plus se présenter depuis le départ de l'ennemi.

Le jugement, conformément au texte du Sénat est rendu en audience publique, après débats en la chambre du Conseil. Le législateur a manifestement copié cette solution sur celle du paragraphe 2 de l'article 331.

4^o Preuves à administrer (art. 1^{er}, § 1 et 4).

a) Preuve de la maternité et de la paternité. — Le demandeur devra prouver que l'enfant a été légalement reconnu par sa mère ou qu'il a été à son égard l'objet d'une reconnaissance forcée (art. 1^{er}, parag. 4, 1^o Article 341). Le même tribunal peut, à notre avis, statuer sur la demande en recherche de la maternité et sur celle à fin de légitimation, mais en n'admettant pour chacune de ces actions que les preuves autorisées par la loi.

Vis à vis du père, la loi ne prévoit que la volonté de légitimer. Mais il n'est pas douteux que la demande sera recevable, si le demandeur prouve que le père a reconnu volontairement l'enfant, ou qu'il a été reconnu à la suite d'une instance en recherche de la paternité (art. 340, modifié par la loi du 16 nov. 1912). Comme pour la mère, le même tribunal peut se prononcer sur les deux demandes, mais en se conformant aux mêmes règles.

La maternité et la paternité prouvées, jointes à la preuve de la volonté de légitimer, la légitimation doit être prononcée.

b) *Preuve de la volonté de légitimer (art. 1^{er}, parag. 1).*— De nouveau, les commissions de la Chambre et du Sénat n'étaient pas d'accord.

M. Viollette proposait un texte simple « à la condition, disait-il, qu'il résulte de la correspondance ou de tout autre circonstance, une volonté évidente de légitimer l'enfant, commune aux deux parents. »

A cette rédaction, le Sénat opposait celle aujourd'hui en vigueur.

Des déclarations de M. Catalogne, il résulte que la loi actuelle établit un acte judiciaire trop grave, puisqu'il aura pour conséquence de faire entrer dans une famille un enfant avec toutes les prérogatives attachées à la légitimité, pour que la preuve testimoniale puisse être admise (Elle l'était avec le texte de la Chambre)¹

D'où les mots *de la correspondance ou de tout document certain*, ce qui signifie incontestablement une preuve écrite. Cette pièce résultera tout d'abord de la correspondance entre les concubins, même si le père illettré a fait écrire ses lettres².

La lettre a été écrite après le décès du père et antidatée. C'est par exemple, l'aumônier, chargé par le

1 Sur une observation de M. Lefas, M. Viollette avait reconnu lui-même combien était peu certaine (et par conséquent dangereuse) en notre matière la preuve testimoniale (*J. Off.* du 19 décembre 1915. Séance du 9 décembre 1915. *Deb. parl.* 1915. p. 2021)

2 Le législateur s'est inspiré d'une disposition semblable, contenue dans la loi du 16 novembre 1912, sur la recherche de la paternité (art. 340. 3^o).

père de prévenir sa famille de son décès, qui a écrit la lettre). Quelle sera la conséquence de cette antidate ? Nous ne croyons pas que ce calcul rende la demande non recevable, parce que la loi n'exige pas la date certaine (art. 1328) et que cette pièce peut être cependant l'expression de la vérité. Nous croyons que les tribunaux auront, dans ce cas, un pouvoir souverain d'appréciation.

M. Catalogne cite, en second lieu, comme document certain, prouvant chez les auteurs de l'enfant la volonté de le légitimer « des publications (*c'est la publication* qu'aurait dû dire l'honorable sénateur, puisque la loi du 21 juin 1907 n'en exige plus qu'une. Articles 165 à 170, code civil) faites dans une mairie, en vue d'un mariage rendu impossible et suspendu par la mobilisation. » Cette publication établit indiscutablement le désir qu'avaient les parents de se marier. Mais elle peut être antérieure ou postérieure à la mobilisation du père. Antérieure, le doute n'est pas possible. Il y a là *document certain*.

Mais postérieure au 2 août 1914, la question peut paraître plus délicate. Pourquoi, dira-t-on, le père n'a-t-il pas épousé la mère avant son départ, en demandant au procureur de la République la dispense de tout délai, puisqu'il y avait urgence (art. 169) ? S'il ne l'a pas fait, c'est que son intention d'épouser la mère n'existait plus¹.

1 Dans ce sens, Edouard Lévy, *Traité pratique de la légitimation des enfants naturels simples, incestueux ou adultérins*, 1919, n° 150, p. 83 et 84.

Nous ne le pensons pas, et nous croyons que même dans ce dernier cas, la volonté de légitimer pourra résulter de la publication. Ce sont des argumentations de fait que nous invoquerons.

Voici, en effet, à notre avis, quel devait être le plus souvent la situation. La mobilisation arrive. Des concubins croient avoir encore le temps de se marier avant le départ du père, et ils s'empressent de faire la publication exigée par la loi. Mais le père reçoit l'ordre de rejoindre son corps avant l'expiration du délai de dix jours. Peut-on faire un reproche à ces parents de n'avoir pas demandé la dispense du délai ? Nous ne le croyons pas, car savaient-ils seulement qu'une dispense était possible ?

Nous irons même plus loin. Supposons que les parents aient pensé à la disposition de l'article 169. Mais même alors, bien souvent les auteurs n'auront pas osé solliciter cette faveur, craignant des difficultés ou même un refus, et ne se doutant pas, par conséquent, avec quelle facilité cette dispense est obtenue.

Donc le père part avant l'expiration du délai de dix jours et il est tué dans les premiers combats. Peut-on vraiment dire qu'il n'avait plus l'intention d'épouser la mère ?

La loi n'exige pas seulement la volonté des parents de légitimer l'enfant, mais la volonté de se marier. N'a-t-elle pas oublié que la volonté de légitimer implique volonté de se marier, puisque, du vivant des auteurs de l'enfant, il ne peut y avoir légitimation sans mariage ?

Nous le pensons, quoique M. Catalogne ait fait lui-même remarquer qu'il était inutile d'exiger cette condition « *la légitimation*, dit-il, *étant du reste la conséquence du mariage.* »

* * *

L'article 1^{er} § *in fine* dispose que « *la légitimation pourra également être prononcée si tous les parents défendeurs adhèrent à la demande.* »

M. Viollette déclare qu'une lettre récente lui a été adressée par le rapporteur du Sénat, pour l'avertir que la commission sénatoriale a adopté ce texte¹.

Que signifie-t-il ? En premier lieu, il ne nous semble pas douteux que par parents défendeurs, la loi désigne les parents paternels (ascendants et descendants du père, collatéraux privilégiés). (Argument : art. 1^{er}, § 2 et 3).

Sur une interrogation de M. Guillaume Chastenet, qui demandait si cette phrase signifiait que la légitimation pourra être prononcée sans jugement du tribunal, M. Catalogne a répondu : « Elle signifie que, si les parents défendeurs — loin de contester les prétentions, les allégations du demandeur — reconnaissent la vérité des faits, adhèrent à la demande, le tribunal ne devra pas, mais pourra déclarer légitime, dans

¹ Rapport de M. Viollette le 16 février 1917. Annexe n°3023, p. 160 et 161. *J. Off.* du 4 mars 1917.

les termes de l'article 331 du code civil, l'enfant objet de cette instance.

« C'est dire — pour répondre à la deuxième question de l'honorable M. Chastenet — que même dans l'éventualité de la reconnaissance par les défendeurs des faits allégués, *un jugement sera toujours nécessaire pour que la légitimation soit déclarée.* »¹

Cette déclaration dissipe tous les doutes. Donc, quand tous les parents du père adhèrent à la demande, il n'est plus besoin de prouver la volonté des auteurs de légitimer l'enfant. Le tribunal constate cette adhésion, et il peut prononcer ou refuser la légitimation. De même, le manque d'adhésion d'un seul membre rend la légitimation impossible.

c) *Capacité matrimoniale des auteurs de l'enfant* (art. 1^{er}, § 4). — La réalisation de ces conditions est la partie de la loi qui soulève le plus grand nombre de difficultés.

Nous n'insisterons pas sur les divergences qui existaient, ici encore, entre les deux commissions. Disons seulement, que la Chambre ne demandait l'application que des articles 144, 145, 147, 161, 162 et 228 du code civil². Le consentement des ascendants était écarté.

¹ *Sénat*. Séance du 30 mars 1917. *J. Off.* du 31 mars 1917. p. 360 et 361.

² *J. Off.* du 28 novembre 1915, annexe n°1403, p. 1134 et 1135.

Le Sénat trouvant l'énumération insuffisante, la compléta d'abord par les articles 163, 295, 296, et 348¹ et en dernière analyse par les articles 148, 150, 158, 159 et 164² (Nous approuvons le rejet de l'article 295 Ce texte n'a en effet aucun rapport avec notre matière et il n'aurait par conséquent pas pu être appliqué).

Reprenant, maintenant, les articles visés par la loi nouvelle, nous constatons que chacune de ces conditions doit exister *au jour du décès du père*.

Le législateur exige en premier lieu, chez les deux auteurs de l'enfant, la puberté qui est, nous le savons de 18 ans pour l'homme et de 15 ans pour la femme (art. 144). Mais aussitôt, il apporte à cette condition la restriction de l'article 145, ce qu'à notre avis, il ne pouvait pas ne pas admettre.

Done, la légitimation de l'enfant par jugement sera possible si au jour du décès du père les deux auteurs vivants avaient été pubères, à moins que dans le cas contraire, ils n'aient obtenu à cette date une dispense du chef de l'Etat. Le motif le plus fréquemment employé est l'état de grossesse de la femme. Il sera facile d'après la date de naissance de l'enfant de se rendre compte si au jour du décès du père la mère était enceinte.

Le renvoi à l'article 147 ne présente aucune difficulté. Il ne faut pas qu'au jour du décès du père, il existe

1 Rapport de M. Catalogne, le 13 avril 1916. Annexe n°158, *J. Off.* du 10 mai 1916, p. 231 à 234.

2 Rapport de M. Catalogne le 26 septembre 1916. Annexe n°359. *J. Off.* du 23 novembre 1916, p. 513 à 515.

l'empêchement dirimant résultant de la bigamie, car il est évident que si le père avait vécu, les auteurs n'auraient pu se marier à cette date.

Viennent ensuite les articles 148, 150, 158 et 159 du code civil. La loi exige donc le consentement au mariage que M. Viollette avait voulu écarter¹.

Nous ferons deux observations au sujet de cette énumération.

Tout d'abord, pourquoi le législateur a-t-il omis les articles 151, 154, et 155 qui, eux aussi, ont trait au consentement des ascendants ?

Un jugement du tribunal de Périgueux du 16 mai 1918², suivi d'une note de M. Edouard Lévy, ne tranche pas la question : « Attendu, dit-il... qu'on ne saurait faire état de l'absence de la notification prévue par les articles 151 et 154, les dits articles n'étant pas compris dans cette énumération; »

Le motif du jugement ne fait que constater l'absence de ces textes, mais il ne nous en donne pas la raison.

Le législateur n'a retenu que les articles constituant un empêchement dirimant au mariage, car le jugement aura pour conséquence de faire entrer l'enfant dans la famille de ses auteurs. Cette exigence est raisonnable. Mais admettre également les articles

1 Rapport de M. Viollette du 30 juin 1916. Annexe n° 2263. *J. Off.* du 18 juillet 1916, p. 941.

2 *La loi* du 21, 22 et 23 juillet 1918.

151, 154 et 155 qui n'établissent qu'un empêchement prohibitif eût été inutile, car si le père avait vécu, on aurait pu passer outre à la célébration du mariage sans que celui-ci puisse être annulé. La distinction faite nous paraît donc tout-à-fait justifiée¹.

Notre dernière remarque est plus sérieuse. La loi exige que le consentement des ascendants existe *au jour du décès du père*. Comment à cette date connaître ce consentement ?

Voici, à ce sujet, ce que déclare le jugement précité du tribunal de Périgueux : « Attendu, en ce qui concerne la demoiselle R..., demanderesse, mineure de vingt et un ans, qu'il est acquis, au vu des pièces communiquées, qu'elle avait d'ores et déjà obtenues, à la même époque (le jour du décès du père) le consentement de ses parents; qu'à la vérité, ce consentement n'avait pas encore été exprimé sous une forme solennelle; mais qu'il importe de remarquer que la loi nouvelle vise, seulement, la constatation de volonté de se marier, commune aux père et mère de l'enfant à légitimer, sans exiger que cette volonté se soit manifestée avant le décès du père, par l'accomplissement des formalités légales nécessaires pour arriver à la célébration de l'union projetée. »

Dans l'hypothèse présente, la question du consentement ne présentait aucune difficulté, puisque le tribunal avait les éléments établissant que le consente-

¹ Dans le même sens, Edouard Lévy, *op. cit.*, n° 157, p. 87.

ment des ascendants maternels existait au jour du décès du père¹.

Mais fait remarquer très justement M. Lévy, dans sa note qui suit ce jugement, ce cas est rare. Le plus souvent, au décès du père, les ascendants n'auront manifesté leur consentement d'aucune façon. « Il faudra donc présumer, dit M. Lévy, quel a bien pu être l'état d'âme, à un moment donné, de gens qui ne l'ont manifesté d'aucune façon : problème psychologique des plus délicats. »

Le renvoi à l'article 159 ne peut se rapporter qu'au § 2, le paragraphe premier réglant la situation de l'enfant légitime. Lorsque cette hypothèse se présentera, on réunira les tribunaux qui font fonction de conseil de famille pour les enfants naturels (art. 159, § 2, 389, § 13), et ils diront si, au jour du décès du père, ils auraient donné leur consentement au mariage.

La question ne soulève aucune difficulté pour la mère, car elle vit encore. Mais pour le père, il y a là une innovation étrange. On réunira en effet le conseil de famille d'un mineur décédé et nous savons que la mort du mineur termine la tutelle, quoique la loi ne prévoie que l'émancipation ou la majorité, comme causes y mettant fin (art. 469 à 476).

Nous ne pensons pas qu'on puisse invoquer, pour justifier cette bizarrerie, ce qu'on appelle *la tutelle de fait* qui est l'époque pendant laquelle la gestion du patri-

1 Un jugement du 8 juin 1916 avait établi dans notre espèce le lien de filiation paternelle de l'enfant.

moine du mineur, mort, émancipé, ou devenu majeur continue, car cette institution ne peut s'appliquer qu'aux actes faits par l'ex-tuteur. Jamais elle ne peut s'étendre au conseil de famille.

La référence aux articles 161, 162, 163, et 164 du Code civil se justifie aisément. Il ne faut pas que les concubins soient parents ou alliés à un degré prohibé. Ce serait, sans cette prohibition, permettre *sine nuptiis* la légitimation d'enfants incestueux. Donc, pas plus qu'aux enfants adultérins, ce mode de légitimation ne peut s'appliquer aux enfants incestueux, à moins que dans les hypothèses prévues par l'article 164, au jour du décès du père, les auteurs de l'enfant même non reconnus, aient obtenu les dispenses nécessaires pour pouvoir contracter mariage¹. Nous admettrions même que la légitimation soit possible si, avant d'introduire l'action, les dispenses étaient demandées et accordées, à compter du jour du décès du père.

L'énumération de la loi se termine par les articles 228 et 296 du Code civil et concernent la mère seule. Si c'est une veuve, son mari doit être mort depuis plus de dix mois (art. 228). Si c'est une femme divorcée, le divorce devra avoir été transcrit sur les registres de l'état civil et il devra s'être écoulé au moins 300 jours depuis « le premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond, rendu dans la cause. » (art 296).

¹ Nous savons en effet que les dispenses légitiment de plein droit les enfants incestueux, sans qu'il soit besoin qu'ils aient été reconnus.

Toutes ces conditions, avons-nous dit, doivent se trouver réunies au *jour du décès du père*. Nous n'étonnerons personne en disant qu'elles sont bien nombreuses. Jointes aux précédentes (mobilisation et décès du père, preuves de la paternité et de la maternité, volonté commune de légitimer) que nous avons précédemment examinées, il sera bien extraordinaire qu'elles soient toutes réunies. C'est d'ailleurs ce qu'a dit M. Lévy dans sa note sous le jugement du tribunal de Périgueux : « On se demande quel nid à procès serait la loi du 7 avril 1917, si la réunion des circonstances donnant lieu à son application n'était pas tout à fait exceptionnelles. »

5^o *Demandeur et défendeur. Personnes mises en cause*

(art. 1^{er}, § 2 et 3).

a) *Demandeur* (art. 1^{er}, § 2)

Les mots *et à son défaut* ont été dans ce texte ajoutés par le Sénat¹.

Ainsi le droit d'agir appartient tout d'abord à la mère. Mais *à son défaut*, ce sera le tuteur, le subrogé-tuteur², ou l'un des ascendants du père et de la mère.

Que signifient ces mots ? On peut les interpréter de deux façons : ou bien dire que ces personnes peuvent

1 *Sénat*. Séance du 22 juin 1916. *J. Off.* du 23 juin 1916, p. 558.

2 Le législateur réalise une grosse innovation, le subrogé-tuteur n'ayant été jusqu'ici qu'un simple agent de surveillance.

intenter l'action si la mère n'agit pas, ou qu'ils ne peuvent agir que si la mère ne le peut pas, parce qu'elle est morte, interdite ou absente¹.

Tout en reconnaissant combien la deuxième opinion est sévère pour l'enfant, nous croyons que c'est celle qu'il faut consacrer², car les mêmes mots se retrouvent au paragraphe suivant de la loi et signifient, alors, sans aucun doute que les collatéraux privilégiés devront être mis en cause, si les parents en ligne directe ne peuvent l'être, parce qu'ils sont morts, interdits ou absents. Il nous semble difficile d'admettre qu'à deux lignes d'intervalle, les mêmes mots aient un sens différent.

Que décider quand l'enfant est majeur ? La loi n'a pas prévu cette hypothèse. Il est évident qu'il peut intenter lui-même l'action, mais sa mère devra être appelée au procès. Elle rentrera alors dans la catégorie des personnes mises *en cause*, car elle est au moins aussi intéressée que les parents du père au succès de la demande.

b) *Défendeur* (art. 1^{er}, § 2).

« *L'instance sera poursuivie par voie de citation, contre le ministère public.* »

Les conséquences en sont intéressantes. Le ministère public est donc partie principale. En cette qualité, il

I Entre le tuteur, le subrogé-tuteur et les ascendants paternels et maternels, il n'est pas douteux qu'il n'y a aucun ordre de préférence.

2 En sens contraire, E. Lévy, *op. cit.* n°164, p. 91.

prendra part à la procédure, fera et signifiera des actes, parlera comme tout autre partie avant la clôture des débats, et l'adversaire pourra lui répondre. Il pourra récuser tel ou tel juge, assister à toutes les opérations de l'instruction et étendre la sphère du procès. Il est, en un mot, question pour lui de gagner ou de perdre le procès. C'est d'ailleurs le rôle qu'il a toujours en matière pénale.

Partie jointe, (expression impropre, car le ministère public ne se joint jamais à l'un des plaideurs) le ministère public ne fait que donner son avis et au contraire il ne saurait être question pour lui de gagner ou de perdre le procès.

La procédure est donc différente de celle prévue par le § 2 de l'article 331. Est-ce parce qu'on a pensé que le ministère public défendrait mieux à l'action que tout autre intéressé ? Si telle est la raison, nous la croyons mauvaise, car les parents du père et les collatéraux privilégiés dont la loi ne prévoit que la mise en cause, nous semblent mieux placés que le ministère public pour défendre à l'action.

c) Personnes mises en cause (art. 1^{er}, § 3).

M. Viollette proposait : « Les auteurs du père, devront être appelés en cause dans l'ordre fixé par l'article 173, code civil¹. » Ce texte répondait aux préoccupations du rapporteur qui voulait exclure les descendants et n'ad-

¹ Rapport supplémentaire de M. Mauri e Viollette le 3 décembre 1915. Annexe n°1525. *J. Off.* du 18 janvier 1916. p. 1355.

mettait la mise en cause que des ascendants qui pouvaient faire opposition au mariage.

« Il ne faut pas, disait M. Viollette, que des enfants puissent empêcher leur père de régulariser une situation de fait, qui peut être sienne, et qui est la sienne, dans la plénitude de son droit. »

Mais comme nous le verrons, l'opinion de M. Viollette ne prévalut pas.

Sur ces entrefaites, le Sénat demanda qu'en l'absence d'ascendants, les deux parents les plus proches et les plus âgés fussent mis en cause. M. Viollette n'eût pas de peine à démontrer à quelles difficultés se heurterait cette solution. Où trouver ces deux parents ? Comment établir qu'ils sont les plus proches ? Sera-ce par un certificat du maire, du notaire ou du juge de paix ? Et s'il y a eu erreur dans la désignation des deux parents, est-ce que la légitimation sera nulle ?

Le Sénat abandonna son système et le texte actuel finit par être voté par les deux Chambres, étant donné, a dit M. Viollette, le 16 février 1917¹ que « le rôle des personnes mises en cause sera un peu secondaire. Elles ne sont pas des défendeurs, mais plutôt en quelque sorte des témoins assignés d'office, étant donné leur intérêt éventuel. »

Par parents du père, en ligne directe, il faut entendre tout d'abord ses auteurs, auxquels la loi a donné le droit

¹ Rapport de M. Maurice Viollette, le 16 février 1917. Annexe n° 3023. *J. Off.* du 4 mars 1917. p. 160 et 161.

de prendre l'initiative de l'instance, quand la mère *ne le peut pas*, d'après notre interprétation. Mais cette expression ne comprend pas seulement les père et mère, elle s'étend aux descendants. Donc si le père a des enfants ils devront être appelés, concurremment, avec les descendants, qu'ils soient légitimes, légitimés, ou naturels simples. Pour ces derniers, il faut qu'ils aient été reconnus. S'ils sont mineurs, leur tuteur les représentera.

Ces personnes devront donc être mises en cause concurremment et avant tous collatéraux privilégiés, frères, sœurs et descendants d'eux (art. 750).

La mère est morte ou interdite. Le tuteur de l'enfant intente l'action. Devra-t-on mettre en cause les parents de la mère ? Nous le pensons, malgré le silence de la loi. La solution contraire serait vraiment trop illogique.

Le ministère public peut certainement interjeter appel du jugement. En est-il de même pour les personnes mises en cause ? On pourrait le croire, mais les travaux préparatoires de la loi nous portent à répondre par la négative. Les personnes mises en cause, a dit M. Viollette, nous l'avons vu, ne sont pas des défendeurs (ni des demandeurs par conséquent). Ce droit ne peut donc leur être accordé. Mais si les parties en cause (demandeur ou ministère public) interjettent appel, ils devront également être mis en cause devant la Cour.

6°) *Transcription du jugement et sanction du défaut de transcription (art. 1^{er}, § 5 et 6).*

a) *Transcription du jugement (art. 1^{er}, § 5)*— De nouvelles divergences séparaient encore à ce sujet les deux Commissions. Nous n'y insisterons pas.

Le § 5 de l'article 1^{er} est ainsi conçu : « *Si le jugement ou l'arrêt devenu définitif accueille la demande, son dispositif sera transcrit immédiatement sur les registres de l'état civil de l'année courante de la commune où est né l'enfant et mention en sera faite en marge de son acte de naissance.* »

Le législateur consacre donc les règles du droit commun. Pour que la transcription soit possible, la demande devra avoir été accueillie et le jugement ou l'arrêt ne devra plus être susceptible d'aucune voie de recours (code de procédure civile, art. 548).

Tout ceci ne présente aucune difficulté.

Que transcrira-t-on ? La loi le dit en termes formels. Comme en matière de divorce (art. 251, code civil), le dispositif du jugement sera seul transcrit.

Le jugement précité, du 31 mai 1916, du tribunal de la Seine, nous l'avons vu, avait jugé à propos de l'article 331, § 2 que vu le silence de ce texte, le jugement tout entier, motifs et dispositif, devait être transcrit.

Cette exigence, disions-nous, est contraire aux instructions données par M. Viviani, garde des sceaux,

dans sa circulaire du 10 janvier 1916, puisqu'il n'exige que la transcription du dispositif du jugement.

La solution actuelle de la loi prouve que M. Viviani avait raison. Nous pensons que lorsque le législateur ne dit rien au sujet de ce qu'il faut transcrire d'un jugement, la transcription du dispositif suffit; elle seule présente, en effet, un intérêt. Les motifs ne représentent en effet que la base juridique sur laquelle se fonde le dispositif. Donc, si le législateur veut la transcription complète du jugement, il devra l'énoncer expressément.

La circulaire du garde des sceaux du 18 juin 1917 signale l'importance de cette transcription, et en conséquence elle recommande aux avoués des parties « de mentionner dans le dispositif de leurs conclusions, tous renseignements utiles sur l'état civil des intéressés, et notamment les prénoms et noms des parties en cause, ainsi que les lieux et dates des actes, en marge desquels la transcription devra être mentionnée. »

Cette transcription a lieu, dit la loi, sur les registres de l'état civil de l'année courante. Mais sera-ce le registre des mariages ou des naissances ? Nous croyons que cette transcription peut être indifféremment faite sur l'un ou l'autre de ces registres.

Nous avons vu en effet, que lorsque l'enfant est reconnu par ses deux auteurs dans l'acte de célébration du mariage, la reconnaissance et la légitimation doivent être constatées dans un acte séparé, afin d'éviter la mention de légitimation en marge de l'acte de

mariage des parents, et qu'une circulaire du Ministre de la Justice en date du 10 janvier 1916, prescrit cette mention de préférence sur un registre spécial pour les reconnaissances ou, alors, sur le registre des naissances, mais jamais sur celui des mariages.

La question est ici toute différente. Peu importe le registre, car il n'y a rien à cacher, la légitimation ayant été révélée par un jugement rendu en audience publique.

Mention de la transcription du jugement est faite dans les trois jours, en marge de l'acte de naissance de l'enfant (art. 49).

La transcription doit de plus être faite *immédiatement*. Que veut dire ce mot ? La circulaire précitée du 18 juin 1917 y répond. Cette expression signifie que le maire devra accomplir cette formalité, aussitôt qu'il en sera requis, sans attendre aucun délai, connue en matière de divorce par exemple (art. 252), c'est-à-dire le jour même de la réquisition.

b) Sanction du défaut de transcription (art. 1^{er} § 6). — Elle est intimement liée à la disposition précédente. La transcription est aussi rapidement exigée, parce que le jugement n'a de valeur à l'égard des tiers qu'à partir de ce moment. Jusque là, il n'est opposable qu'aux parties (en y comprenant bien entendu les personnes mises en cause, article 1^{er}, § 3) et à leurs ayant-cause.

A partir de la transcription au contraire, le jugement est opposable *erga omnes*. Mais cette solution est,

semble-t-il, contraire à la règle de la relativité des jugements (articles 100, 1351, code civil).

Nous ne le pensons pas, car la décision qui prononce la légitimation, est un jugement *constitutif* de droit, et il a, comme tel, un effet absolu. Il en est de même d'ailleurs d'un jugement d'interdiction, de divorce, de séparation de corps ou d'un jugement déclaratif de faillite.

7^o *Effets du jugement* (art. 1^{er}, § 7). — Bien que nous ne nous soyons pas occupés jusqu'ici des effets de la légitimation, nous en dirons ici quelques mots, à cause de l'intéressante question de rétroactivité que consacre la loi. Le jugement donne à l'enfant les droits d'un enfant légitime (art. 333). Il y a donc lieu de faire application des articles 381, 767, § 2, 1098, 1496 et 1527 du code civil, si la mère se marie.

A partir de quel moment se produira cette légitimation ? Ce n'aurait pu être, d'après le droit commun qu'au jour où le jugement est devenu définitif, comme d'ailleurs pour tous les changements d'état. Le jugement ne fait-il pas du reste office d'acte de mariage, qui aurait entraîné légitimation si le père n'était pas décédé ?

Mais après les observations de M. Catalogne, rapporteur de la loi au Sénat¹, le législateur a donné au

¹ Rapport de M. Catalogne le 13 avril 1916 Annexe n° 158, *J. Off.* du 10 mai 1916, p. 231 à 234.

jugement un effet rétroactif à la veille du décès du père, et s'il y a lieu, de la mère.

On voit quel but a poursuivi le législateur. Il a voulu que l'enfant puisse profiter *comme enfant, légitime*, des successions de ses auteurs.

Ainsi la situation de l'enfant légitimé, *sine nuptiis*, se trouve semblable à celle de ceux qui auraient pu naître d'un précédent mariage. Cette solution n'a été admise qu'après le rejet d'un amendement déposé par M. Lamy, qui, s'inspirant de l'article 337, tendait à ce que la légitimation ne portât pas préjudice aux enfants légitimes d'un premier lit¹.

A cette préoccupation, M. Viollette répondit par un argument très juridique et convaincant. La légitimation de ces enfants, dit-il, aurait nui en effet aux enfants du premier lit, si le mariage avait été célébré par suite de la vie du père. Pourquoi le jugement, *qui tient lieu d'acte de mariage*, produirait-il d'autres effets ?

8° *Durée d'application de la loi* (art. 1^{er}, § 8). — « Il ne sera plus reçu aucune instance en exécution de la présente loi deux ans après la promulgation des décrets prévus par les articles 1 et 2 de la loi du 4 juillet 1915. »

Les décrets prévus par ce texte sont ceux qui seront rendus postérieurement à la loi du 4 juillet 1915 et

¹ Observations de M. Lamy, Séance du 9 décembre 1915, *J. Off.* du 10 décembre 1915, p. 2017 à 2023.

qui fixeront la date de la reprise des délais de procédure (23 octobre 1919).

Deux ans donc après la promulgation de ces décrets (les deux Chambres avaient admis primitivement le délai d'un an), aucune instance en application de la loi du 7 avril 1917 ne sera plus recevable. (Les instances commencées continueront naturellement leur cours.)

Est-ce que cette solution est rationnelle ? Nous ne le pensons pas ; que décider, en effet, lorsque le décès du père ne sera prononcé par jugement qu'après ce délai ? Cette situation se produira certainement, à cause du grand nombre des militaires *absents* qu'il y a après la guerre.

L'instance ne sera pas recevable. Nous sommes persuadés que telle n'a pas été l'intention du législateur, mais nous sommes obligés de nous incliner devant les termes impérieux de la loi.

9^o *Gratuité du timbre et de l'enregistrement* (art. 1^{er}, § 9)
Cette disposition ne donne lieu à aucune difficulté. Elle a des précédents (voir article 148, § 3, loi du 10 mars 1913, et 154 § 2, loi du 21 juin 1907, code civil. Voir également les lois des 4 avril et 19 août 1915 sur les mariages par procuration).

LOI DU 7 AVRIL 1917 (ARTICLE 2).

Cet article, qui a pour origine, nous l'avons déjà dit, la proposition de loi de M. Lefas du 12 octobre 1915,

complète les lois des 4 avril et 19 août 1915 sur les mariages par procuration.

Ces lois permettent, pendant la guerre, le mariage par procuration des militaires et marins présents sous les drapeaux ou prisonniers de guerre, et cette union produit tous les effets d'un mariage valable.

Or, fait remarquer M. Lefas, qu'arrivera-t-il si le mariage est célébré après le décès du militaire, décès ignoré de la future, du mandant et de l'officier de l'état civil : « Le mariage ainsi célébré est évidemment nul et quand on le traite de mariage putatif, on oublie qu'à le traiter de la sorte on ne supprime pas la controverse. Les effets valables du mariage putatif concernent habituellement les faits subséquents à ce mariage. Or, il ne peut en être question ici. »

En conséquence, et après de nombreuses discussions entre les deux Chambres dont nous ne parlerons pas, celles-ci se mirent d'accord pour compléter les articles 1^{er} des lois de 1915 par le texte suivant : « Ces mariages, s'ils ont été célébrés postérieurement au décès du futur époux, *produisent néanmoins tous leurs effets au point de vue de la légitimation des enfants* et du droit du conjoint, conformément aux dispositions des articles 201 et 202 du code civil. »

Cette disposition était nécessaire. Sans elle, la légitimation par mariage des enfants dont le père était mort au moment de la célébration, même si la mère était de bonne foi, n'eût pas été possible. Ils n'auraient pu être légitimés que par jugement (loi du 7 avril 1917, art. 1^{er}).

Mais pour que cette légitimation se produise une première condition doit être réalisée. Les auteurs doivent avoir reconnu l'enfant, avant le mariage, ou, la mère et le mandant, dans l'acte de célébration.

La reconnaissance de la mère ne donne lieu à aucune difficulté. Du côté du père, la question est plus délicate. Il devra avoir reconnu l'enfant, soit personnellement aux armées, d'après les règles des articles 93, 94 et 98 du code civil modifiés par la loi du 8 juin 1893, ou par procuration. Ce dernier mode de reconnaissance est recommandé par la circulaire du garde des sceaux du 10 janvier 1916. Mais ne présente-t-il pas des inconvénients ?

La mère meurt ou la nouvelle de la mort du mandant arrive avant la célébration du mariage. L'enfant n'a pas été reconnu. Est-ce que la procuration reste valable en ce qui concerne cette reconnaissance ?

Nous ne le pensons pas, car l'article 2003 du code civil dispose que le mandat prend fin par la mort de l'un des contractants. De plus, l'article 2008 ne valide que les actes faits dans l'ignorance de la mort du mandant.

Il est vrai, peut-on dire, que l'enfant pourra dans cette hypothèse, être légitimé par jugement (art. 1^{er}, loi du 7 avril 1917). Nous n'en sommes pas convaincus à cause des conditions nombreuses exigées par cette loi, et qui se trouveront bien rarement réunies.

Il eût donc été préférable de préconiser la reconnaissance aux armées.

Le renvoi aux articles 201 et 202 du code civil constitue la deuxième condition nécessaire pour la légitimation. La femme doit être de bonne foi. Il faut donc qu'au moment de la célébration du mariage, elle ignore le décès du futur époux, ou du moins qu'elle doute de sa mort.

La mauvaise foi de la femme sera rare en pratique, l'acte de décès étant transmis par la mairie à la famille. Il faudrait donc également supposer la mauvaise foi de l'officier de l'état civil, concours de circonstances bien invraisemblable !

Il est vrai que les journaux ont, bien souvent, signalé, au cours de la guerre, des faits établissant pertinemment que les avis de décès de militaires mobilisés avaient été notifiés officiellement aux familles, alors que ceux-ci écrivaient postérieurement à ces avis des lettres où ils affirmaient être en parfaite santé.

Il est peu probable, cependant, qu'un officier de l'état civil consente à célébrer le mariage d'un militaire ou d'un prisonnier, dont sa mairie a transmis l'avis de décès, à moins de preuves convaincantes et irréfutables de la vie du mobilisé en question.

* * *

Nous avons terminé l'étude de la loi du 7 avril 1917. Que faut-il en penser ? Elle n'a donné lieu qu'à de très rares applications. Tant de conditions sont en effet

exigées, qu'il sera bien étonnant, nous le répétons, qu'elles se trouvent réunies.

Nous disions au début de notre étude que la loi du 7 avril 1917 avait été provoquée par la guerre, qu'elle était donc toute de circonstance et par conséquent sans lendemain. Nous voulions dire qu'elle n'avait son application que pendant un temps, limité par le législateur lui-même. Mais ne peut-elle pas être considérée comme le point de départ d'une législation sur la légitimation sans mariage ? S'il en est vraiment ainsi, elle devra être refaite sur de nouvelles bases.

Pourquoi notamment, n'étendrait-on pas cette législation à la mère, et ne pas permettre la légitimation au cas de décès de celle-ci ?

SECTION II

La légitimation des enfants adultérins

(Loi du 30 décembre 1915, Art. 331 nouveau).

L'article 4 de la loi du 30 décembre 1915 abroge la loi du 7 novembre 1907. Cependant il n'est pas douteux que la loi nouvelle admet la légitimation des enfants adultérins dans les cas où la loi de 1907 permettait cette légitimation. Le législateur a simplement élargi les cas où la légitimation des enfants adultérins est autorisée.

Nous ne reviendrons pas sur les hypothèses prévues en 1907. Nous signalerons seulement les innovations réalisées en 1915.

CHAPITRE I

Historique de la loi.

L'origine de la réforme, nous le savons, ce sont les conséquences bizarres et incohérentes auxquelles abou-

tissait la loi du 7 novembre 1907, puisqu'elle se montrait plus favorable aux enfants adultérins maternels qu'à ceux du mari. Les premiers qui avaient été désavoués pouvaient être légitimés. Ceux du mari ne le pouvaient pas, à moins que la mère ne fût-elle même mariée. On aboutissait donc à ce résultat choquant que signalait M. Maxime Lecomte le 21 décembre 1911 : « La loi de 1907 apparaîtrait, en ce cas, comme plus favorable aux adultérins doubles qu'aux adultérins simples¹. »

Aussi le 11 novembre 1907, MM. Viollette et Steeg, reprenant leur idée primitive, déposaient une proposition de loi admettant à la légitimation tous enfants adultérins². La commission de la Chambre adopta intégralement cette proposition, puis malgré une vive opposition de MM. Léonce de Castelnau et Louis Ollivier, la Chambre elle-même vota ce texte sans discussion des articles par 400 voix contre 107³.

Le Sénat fut saisi à la fois du texte de la Chambre et de plusieurs autres propositions (Propositions Catalogne et Cicéron, Mazière, Maxime Lecomte et Reymonencq). Nous avons déjà parlé de certaines d'entre elles. Nous retrouverons les autres dans la suite de notre exposé.

La commission du Sénat, prenant en considération

1 *J. Off.* du 6 février 1912, *doc. parl.* p. 87 et 88.

2 *J. Off.* du 15 mars 1908, *doc. parl.* p. 261 et 262.

3 Chambre, Séance du 5 juin 1908, *J. Off.* du 6 juin 1908 p. 1149.

les cinq propositions déposées, présenta à son tour le 21 décembre 1911 une proposition, précédée d'un remarquable rapport de M. Maxime Lecomte¹.

Une deuxième proposition fut déposée, le 26 mars 1912, afin de donner satisfaction aux amendements proposés par MM. Poulle et Mazière².

Devant la Haute-Assemblée, après plusieurs votes, renvois à la commission et disjonctions, qu'il serait trop long de signaler ici, la commission sénatoriale déposait un troisième projet dont le texte devint enfin la loi actuelle³.

Il fut voté sans discussion par le Sénat⁴.

Il fut également adopté, sans discussion, à la Chambre, malgré quelques critiques formulées par M. Viollette⁵.

Le texte actuel ne diffère donc pas, sensiblement, de celui qu'avait proposé en 1910 la Société d'études législatives⁶. Le législateur de 1915 s'est en effet inspiré des principes formulées en cette matière par cette Société.

1. *J. Off.* du 6 février 1912, *doc. parl.* p. 83 à 92.

2. *1^{er} rapport supplémentaire* de M. Maxime Lecomte du 26 mars 1912. *J. Off.* du 25 juin 1912, *doc. parl.* p. 760 et 761, Annexe n°141.

3. *4^e rapport supplémentaire* de M. Eugène Guérin, du 19 mars 1914, *J. Off.* du 23 avril 1914, *doc. parl.* p. 185 et 186.

4. *Sénat.* Séance du 9 décembre 1915, *J. Off.* du 10 décembre 1915, p. 647 et 648.

5. *Chambre.* Séance du 24 décembre 1915, *J. Off.* du 25 décembre 1915. p. 2259 et 2260.

6. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, Année 1910, p. 135 et 136.

Puisque la loi de 1907, disait-elle, a porté atteinte à la règle de l'impossibilité de légitimation des enfants adultérins, il faut continuer à permettre cette légitimation, sauf dans les hypothèses non prévues en 1907, quand il existera des enfants du premier lit, où il faut la prohiber.

Le Sénat admit le premier ces principes, puis la Chambre, et pourtant M. Viollette n'avait pas eu de peine à prouver combien les conséquences de cette dernière idée étaient injustes¹.

La législation actuelle l'est certainement. Le législateur ne permet pas la légitimation des enfants adultérins quand il existe des enfants légitimes, mais pourquoi n'applique-t-il cette règle qu'au père, alors que tous les enfants adultérins de la mère peuvent être légitimés, soit qu'ils aient été désavoués, soit qu'ils aient été conçus au cours d'une instance en séparation de corps ou en divorce ?

CHAPITRE II

Exposé et discussion de la loi.

Rappelons tout d'abord la modification apportée

1 Rapport de M. Viollette du 15 décembre 1915. *J. Off.* du 24 décembre 1915. *doc. parl.* p. 1390.

par l'article 3 de la loi de 1915 à l'article 335¹. Par les mots *sous réserve des dispositions de l'article 331*, le législateur fait cesser l'antinomie qui existait entre les articles 331 et 335. La reconnaissance principale des enfants adultérins reste interdite, et celle à fin de légitimation est seule permise; mais la loi, nous le verrons, exige aujourd'hui sans controverse possible pour la reconnaissance à fin de légitimation de tous enfants adultérins, qu'elle soit faite dans l'acte de célébration du mariage².

§ 1. — *Quels enfants peuvent être légitimés ?*

La loi nouvelle prévoit trois cas où la légitimation des enfants adultérins pourra avoir lieu.

Les enfants désavoués, les enfants conçus, pendant la période où les parents plaident en divorce ou en séparation de corps, sont relevés du devoir de cohabitation, et certains enfants adultérins du père, peuvent être légitimés.

1^{er} Cas. — ENFANTS DÉSAVOUÉS (ARTICLE 331, § 3, CODE CIVIL). « *Les enfants nés du commerce adultérin de la mère, lorsqu'ils sont désavoués par le mari ou ses héritiers* peuvent être légitimés, dit la loi. Le législateur de 1907 permettait déjà leur légitimation. Il existe cependant une différence entre les deux textes.

¹ Cette modification est le résultat d'un texte, proposé par la commission sénatoriale sur la demande du ministre de la justice. Il fut voté par le Sénat le 9 décembre 1915 et par la Chambre le 24 décembre 1915.

² Voir circulaire ministérielle du 10 janvier 1916.

L'article 331, § 3 1^o mentionne en effet le désaveu des héritiers et la loi de 1907 ne signalait au contraire que celui du mari. Mais ce changement ne présente aucune difficulté, car, ainsi que nous l'avons dit, il ne nous semble pas douteux que dès 1907, l'enfant désavoué par les héritiers du mari pouvait être légitimé. Le législateur de 1915 a donc simplement consacré une solution qui auparavant ne faisait aucun doute.

Est-ce, en ce qui concerne cette hypothèse, la seule modification apportée au texte de 1907 ? Nous ne le pensons pas. Les expressions ne sont pas les mêmes. L'ancien article 331 parle de l'enfant *né pendant le mariage*, et la loi de 1915 permet la légitimation *des enfants nés du commerce adultérin de la mère*. Ils doivent donc avoir été conçus *pendant le mariage*. Les conséquences de ce changement de rédaction sont importantes.

La question présente un intérêt au point de vue de l'enfant né moins de 180 jours après le mariage. Est-il légitimable ? En 1907, il pouvait l'être, mais il devait avoir été désavoué. Actuellement, il peut encore être légitimé, mais il le sera comme enfant naturel simple, parce qu'il a été conçu *avant le mariage*.

De même, quelle sera la situation de l'enfant né après la dissolution du mariage ? La loi de 1907 ne prévoyait pas cette hypothèse. L'enfant né dans ces conditions peut au contraire être aujourd'hui légitimé parce qu'il a été conçu *pendant le mariage*.

DU PÈRE OU DE LA MÈRE, LORSQU'ILS SONT RÉPUTÉS
CONÇUS A UNE ÉPOQUE OU LE PÈRE OU LA MÈRE AVAIT
UN DOMICILE DISTINCT (ARTICLE 331, § 2^o, CODE CIVIL).

Le législateur a profondément modifié ici le texte
de 1907.

Nous avons vu que M. Viollette avait proposé et
la Chambre voté un texte qui admettait à la légiti-
mation tous enfants adultérins. Le Sénat ne crut
pas devoir se rallier à ce système absolu, et M. M. Lecomte
nous en donne les raisons¹ : « Les choses ne sont plus
entières, dit l'honorable rapporteur; nous n'avons
pas respecté l'interdiction absolue de l'article 331;
nous avons déjà créé des catégories d'enfants, que l'on
pourra légitimer par le mariage subséquent de leurs
véritables parents; nous n'avons qu'à reprendre ces
bases, à modifier ce qui a paru modifiable et à élargir
encore le cercle de ces légitimations, mais sans sortir
de ce cercle, et en respectant les droits de la société
qui veut le maintien du mariage et des droits de la
famille légitime... »

Comme le déclare le rapporteur, tel est bien le pro-
cédé employé par le législateur. Il reste, en effet, peu
de cas, où la légitimation de ces enfants n'est pas
possible. Notamment dans l'hypothèse que nous étu-
dions actuellement, tous enfants adultérins paternels
ou maternels peuvent être légitimés.

¹ Rapport de M. le sénateur M. Lecomte du 21 décembre 1911.
J. Off. du 6 février 1912. *doc. parl.*, p. 88.

Nous remarquons tout d'abord que les délais ne sont plus les mêmes. Alors que la loi de 1907 n'admettait à la légitimation que les enfants conçus *avant l'ordonnance*, le législateur de 1915 se montre plus large. La légitimation peut se produire chaque fois que l'enfant *aura été conçu après l'ordonnance*, et avant un des trois événements prévus en 1907, séparation de corps, divorce, ou décès de l'un des conjoints, que le législateur de 1915 a maintenus sans aucun doute, et auxquels il ajoute le désistement de l'instance, le rejet de la demande ou la réconciliation des époux.

Or le minimum légal de la gestation est, nous le savons, de 180 jours; en conséquence, il faut que l'enfant adultérin naisse au moins 180 jours après l'ordonnance prévue par les articles 878 du code de procédure civile et 236 du code civil pour pouvoir être légitimé

I. — *Enfants adultérins du Père.*

L'enfant de la maîtresse du mari doit avoir été conçu après l'ordonnance assignant aux époux un domicile séparé; il doit donc naître au moins 181 jours après cette ordonnance.

Nous allons maintenant étudier successivement les trois nouveaux événements qui terminent l'instance.

a) *Désistement de l'instance.* — Pour que l'enfant puisse être légitimé, il doit naître moins de 300 jours après le désistement.

Que faut-il entendre par ce mot ?

Ce n'est certainement pas la date où le demandeur a signé le désistement, mais celle où le défendeur l'a accepté.

Faut-il assimiler au désistement la péremption de l'instance ? Nous ne le pensons pas pour deux raisons¹.

1^o Malgré la similitude de leurs effets, le désistement établit bien la volonté des parties de renoncer au procès. La péremption au contraire, ne prouve rien à ce sujet.

2^o Le mari intente une action en divorce, puis il la laisse périmer. Les enfants de sa maîtresse ont été conçus entre l'ordonnance et la péremption. Le divorce est prononcé plus tard. Le mari pourra-t-il légitimer ses enfants adultérins en épousant sa complice ? Nous répondons négativement, car cette hypothèse n'est pas prévue par la loi.

b) *Rejet de la demande.* — Comme dans l'hypothèse précédente, quelle est la date qui terminera la période pendant laquelle l'enfant doit avoir été conçu ? Sera-ce celle du *prononcé* du jugement qui a rejeté la demande ou celle où le jugement est devenu définitif ?

Le texte de l'article 331 ne dit rien à ce sujet, mais l'article 313, § 2, parle de *rejet définitif* de la demande.

1. En sens contraire, E. Lévy, *op. cit.*, n^o 372, p. 201.

Il semble donc que c'est au moment où le jugement acquiert l'autorité de la chose jugée, qu'il faut se placer.

Donc l'enfant conçu après le jugement rejetant la demande, alors que ce jugement est encore susceptible d'une voie de recours, pourra être légitimé.

c) *Réconciliation des époux.* — La loi dit que ces enfants doivent avoir été conçus antérieurement à une *réconciliation judiciairement constatée*. Que signifie cette expression ? La question est de savoir si l'enfant conçu avant le jour où est rendu le jugement constatant cette réconciliation, peut être légitimé.

Une première opinion l'admet. Car, dit-elle, permettre aux magistrats d'établir la date de la réconciliation, c'est ouvrir la voie à l'arbitraire, le tribunal ayant bien rarement les éléments nécessaires pour établir cette date.

Nous reconnaissons le bien-fondé de ces observations, mais nous sommes cependant d'un avis différent, et nous croyons que l'enfant conçu antérieurement au jugement qui constate la réconciliation, mais postérieurement à la date de cette réconciliation, antérieure au jour où ce jugement a été rendu, ne peut-être légitimé, car ainsi que nous allons le voir, ce serait permettre la légitimation d'enfants conçus après la réconciliation.

En effet, dans quelles conditions sera rendu le jugement ? Il ne le sera souvent que longtemps après. Les

tribunaux auront à juger si un enfant a été conçu avant ou après la réconciliation, et par conséquent s'il est susceptible d'être légitimé.

La réconciliation des époux s'est produite depuis longtemps; elle est connue de tous, mais le jugement qui la constate n'intervient que longtemps après, postérieurement à la dissolution du mariage par la mort de l'un des conjoints. Il est impossible d'admettre la légitimation de tous enfants conçus avant le jugement, car certains peuvent avoir été conçus dans la période comprise entre la réconciliation et le jugement qui la constate, et alors ils sont légitimes (art. 312). Aux demandeurs à prouver que leurs enfants ont été conçus avant la réconciliation ! La demande sera faite par les auteurs désireux de légitimer l'enfant, et le tribunal fixera la date de la réconciliation d'après les preuves fournies par les parents de l'enfant.

Mais puisqu'il faut un procès pour établir cette date, contre qui sera-t-il dirigé ? Ce ne sera évidemment pas contre l'enfant, et encore moins contre le premier mari ou ses héritiers, puisqu'ils ne prétendent rien. Sera-ce alors, par voie de requête au tribunal ? Nous ne le pensons pas, car un jugement sur requête ne peut être rendu que dans les cas prévus par la loi.

Autant de questions que le silence du législateur rend bien embarrassantes !

II. — *Enfants adullérins de la mère.*

Les dispositions de la loi sont identiques. Ces enfants doivent avoir été conçus pendant la période favorable, c'est-à-dire depuis l'ordonnance du président, et avant le divorce, la séparation de corps, le décès du mari, le désistement, le rejet de la demande ou la réconciliation des époux.

Nous n'étudierons pas les différentes hypothèses qui peuvent se présenter¹. Nous ne signalerons qu'un cas prévu par la circulaire du 10 janvier 1916. L'enfant né d'une femme mariée moins de 300 jours depuis l'ordonnance est légitime (art. 313, § 2, *in principio*. Loi du 18 avril 1886), puisque ce texte n'autorise le désaveu que si l'enfant est né au moins 300 jours après l'ordonnance. Même solution à l'égard de l'enfant né plus de 180 jours après la réconciliation.

Mais nous allons insister sur la réforme importante réalisée pour cette classe d'enfants. Un alinéa nouveau, qui consacre partiellement la solution que nous avons soutenue avoir été réalisée dès 1907, est ajouté à l'article 313. L'article 313 § 2 *in fine*, complété par la loi du 30 décembre 1915, décide en effet que *la présomption de paternité établie par l'article précédent ne s'applique pas à cet enfant, même en l'absence de désaveu, s'il a été légitimé par un nouveau mariage de sa mère, conformément aux dispositions de l'article 331.*

1. Voir à ce sujet la circulaire du 10 janvier 1916.

L'origine de ce texte se trouve dans une proposition de loi de M. Reymonencq, sénateur, du 15 juin 1911, où il signale la contradiction qui existe entre les § 2 des articles 313 et 331¹ : « Si l'enfant, dit M. Reymonencq, que l'article 313 code civil déclare pouvoir être désavoué par le mari de la mère ne l'est point en fait, soit que ce mari s'abstienne d'intenter l'action, soit qu'il soit débouté de sa demande, cet enfant reste présumé fils du mari. Dans ces conditions, comment pourrait-il être légitimé par le second mariage de la mère ? Il faudrait supposer que cet enfant va avoir deux pères légitimes, dont il pourra recueillir la succession, en invoquant tantôt l'article 313, tantôt l'article 331. *Pour éviter un résultat aussi choquant et concilier les deux articles, il est nécessaire d'indiquer que la légitimation intervenue dans les conditions précisées par le nouveau paragraphe de l'article 331, efface la présomption de paternité du premier mari.* »

Le sénateur du Var proposait en conséquence de compléter l'article 313 par le paragraphe suivant : *« Toutefois la présomption de paternité établie par l'article précédent, ne s'appliquera pas à cet enfant, même sans désaveu de la part du mari de sa mère, si celle-ci l'a légitimé par un nouveau mariage. »*

La Commission du Sénat demanda le renvoi de la proposition au jour de la discussion de l'article 331, § 3 et il fut obtenu².

1. *Sénat, J. off.*, du 25 août 1911, *Doc. parl.* S.O. Annexe n° 193, p. 838.

2. *Sénat. Séance* du 12 novembre 1912. *J. off.* du 13 novembre 1912. p. 1348.

A la séance suivante, M. Boivin-Champeaux critiqua vivement la proposition, *comme inutile et contraire à tous les principes admis jusqu'ici en la matière.*

M. Maxime Lecomte répondit qu'il jugeait au contraire nécessaire l'intervention du législateur : « Mais à la décharge du législateur de 1907, dit l'honorable rapporteur, on a pu soutenir qu'il avait tacitement abrogé, pour le cas qu'il envisageait, l'article 313 code civil, et qu'il supprimait ainsi la présomption de légitimité. Un arrêt de la cour de Bordeaux a proclamé cette abrogation tacite. Il faut ajouter, que c'est là une décision qui risque de n'être acceptée, ni par la doctrine ni par les autres cours et tribunaux, parce qu'il est assez délicat d'affirmer une abrogation tacite. *En présence d'une situation pareille, le législateur n'a pas à attendre que la Cour suprême établisse une jurisprudence, qui peut être longue à paraître et qu'elle peut changer d'ailleurs; il a le devoir de ne pas désertier sa mission et d'apporter un texte formel.* »¹

Après cette discussion, malgré l'opposition du rapporteur, le renvoi de l'article 313 à la commission fut ordonné. M. Maxime Lecomte donna alors sa démission de rapporteur et fut remplacé par M. Eugène Guérin.

Entre temps, M. Antony Ratier, garde des sceaux, saisit le Comité consultatif de législation, qui élaborait un texte presque semblable à celui proposé par M. Reymonencq. Celui-ci fut voté sans opposition par le

1. *Sénat*, Séance du 18 juillet 1913, *J. off.* du 19 juillet 1913, p. 1123 à 1126.

Sénat le 9 décembre 1915, puis par la Chambre le 24 décembre 1915. C'est la disposition actuelle.

Le vote de ce nouvel alinéa entraîne les conséquences suivantes :

Tout d'abord, l'enfant conçu au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, peut être légitimé par le second mariage de sa mère, sans qu'il soit besoin du désaveu.

En second lieu, le deuxième mariage et la légitimation qui en est la conséquence, ont pour effet d'ancrer la présomption de l'article 312, et de rendre irrecevable une action en désaveu intentée par le premier mari.

Ces résultats ne réalisent que partiellement la thèse de la cour de Bordeaux, à laquelle nous nous étions ralliés. La situation de l'enfant conçu pendant la période favorable sous l'empire des législations de 1907 et de 1915, est en effet bien différente.

En 1907, nous le savons, l'enfant conçu après l'ordonnance du président est adultérin de plein droit, chaque fois que l'instance se termine par un des cas prévus par la loi. Il ne reste couvert par la présomption *pater is est*..., qu'au cas de réconciliation des époux, de désistement ou de rejet de la demande.

Au contraire, l'enfant conçu aujourd'hui dans les mêmes conditions est en principe légitime, et sauf le cas de désaveu de la part du premier mari, l'enfant est réputé lui appartenir, à moins qu'il ne soit

légitimé par le mariage de la mère avec son complice¹.

Le législateur a sensiblement amélioré la situation de ces enfants. Il sera peu fréquent qu'ils soient adultérins. Ils ne le seraient qu'après un désaveu (et le mari pourra rarement l'intenter), non suivi du mariage de leurs auteurs.

Mais considérer l'enfant comme adultérin, et couvert cependant par la règle de l'article 312, à moins que le mariage de sa mère avec le complice ne vienne changer sa filiation paternelle, nous paraît une solution peu juridique².

N'est-ce pas faire dépendre l'état de l'enfant de la réalisation d'une condition suspensive ?

La situation de l'enfant est en effet en suspens, mais il nous semble difficile, sinon impossible, de transporter en notre matière les effets de la condition suspensive et notamment son effet rétroactif (art. 1179). A quel moment faire remonter la légitimation de l'enfant, si le mariage est célébré ? Elle ne peut se produire qu'à partir du mariage, et ne peut lui être antérieure.

Concluons donc qu'il ne faut pas songer à appliquer ici les règles de la condition. Il s'agit là d'une bizarrerie dont le législateur de 1915 ne s'est pas aperçu.

1. En vertu de l'article 313, nous l'avons vu, le mari peut désavouer l'enfant né 300 jours après l'ordonnance, ou moins de 180 jours après la réconciliation.

2. Celle de 1907 l'était davantage, puisque *Paler is est...*, ne subsistait que si l'enfant ne pouvait être légitimé.

Une situation analogue se présentait déjà en 1907, et nous disions que cette anomalie était une des causes principales qui avait nécessité la réforme de 1915. Le maintien de l'état de chose antérieure nécessite une nouvelle réforme.

*
* * *

Une disposition terminale ainsi conçue est ajoutée au 2^o du § 3 de l'article 331 : « *Toutefois la reconnaissance et la légitimation pourront être annulées, si l'enfant a la possession d'enfant légitime.* »

Ce texte qui fut élaboré sur la demande du garde des sceaux par le comité consultatif de législation, et voté sans discussion par les deux Chambres, a pour but de permettre au premier mari de revendiquer sa paternité en prouvant les faits qui constituent la possession d'état, et que l'on résume dans la formule bien connue : *nomen, fama, tractatus* (art. 321).

Mais est-ce que l'exercice de cette action est uniquement réservée au mari ? D'autres personnes pourraient-elles demander l'annulation ? Dans le silence de la loi, nous n'accorderons l'action qu'aux personnes intéressées au maintien de la filiation légitime de l'enfant. Quelles sont-elles ? Le mari, sans aucun doute, comme nous l'avons vu, mais aussi ses héritiers qui peuvent invoquer un intérêt moral. L'enfant peut, lui aussi, demander la nullité.

Mais nous refuserons cette action aux auteurs de

l'enfant. Que penser en effet de parents qui, après légitimation de leur enfant, viendraient contester cette légitimation?

Contre qui agira-t-on? Contre les parents de l'enfant.

Les tribunaux jugeront d'après les faits, et ne seront pas tenus d'annuler la légitimation.

La restriction à la légitimation est-elle limitative? L'article 339 peut-on dire, est beaucoup plus large puisque l'admissibilité de l'action en annulation de reconnaissance n'est subordonnée à aucune condition. N'y a-t-il pas lieu de l'appliquer dans notre matière?

Nous ne le pensons pas. Les situations réglées par les deux textes sont en effet bien différentes. L'article 339 est plus large parce qu'il ne s'occupe que de l'annulation de la reconnaissance. Notre texte est restrictif à dessein puisqu'il a pour but d'anéantir une légitimation, dont les conséquences sont beaucoup plus graves que l'annulation de la reconnaissance. L'article 339 ne peut donc pas être étendu à notre hypothèse.

3^e Cas. — LES ENFANTS NÉS DU COMMERCE ADULTÉRIN DU MARI PEUVENT ÊTRE LÉGITIMÉS DANS TOUS LES AUTRES CAS, S'IL N'EXISTE PAS AU MOMENT DU MARIAGE SUBSÉQUENT, D'ENFANTS OU DE DESCENDANTS LÉGITIMES ISSUS DU MARIAGE AU COURS DUQUEL L'ENFANT ADULTÉRIN EST NÉ OU A ÉTÉ CONÇU (art. 331, § 3, 3^o).

La possibilité de légitimation de ces enfants constitue la principale innovation réalisée en 1915. Nous savons, en effet, qu'en 1907 leur légitimation était interdite, mais nous ne reviendrons pas sur les critiques soulevées par cette solution.

Ces critiques amenèrent le vote de la législation nouvelle, mais l'égalité n'existe pas encore entre les enfants adultérins maternels et paternels, quand aucune instance n'a ébranlé le mariage. La légitimation de ces derniers n'est en effet permise que lorsqu' *« il n'existe pas, au moment du mariage subséquent, d'enfants ou de descendants légitimes issus du mariage au cours duquel l'enfant adultérin est né ou a été conçu. »*

Le but de la restriction est évident. On veut bien autoriser la légitimation, mais elle ne doit nuire matériellement ni moralement aux enfants légitimes issus du mariage au cours duquel a été commis l'adultère.¹

Ces raisons ont d'ailleurs été énergiquement exposées par M. Maxime Lecomte, le 21 décembre 1911² : « Pendant le mariage, dit le rapporteur, le père de famille a, non seulement, le devoir de fidélité envers sa femme, mais il a des devoirs envers ceux qui naissent de cette femme et de lui, envers ceux à qui il impose son nom et la solidarité de la famille, envers ceux qui ont le droit de compter que tant que durera le mariage, il n'y aura pas d'autre famille que la famille légitime. C'est ainsi, qu'en vertu de l'article 337, dont on ne demande pas l'abrogation, un époux, pendant le mariage, ne peut reconnaître un enfant naturel qu'il aurait eu avant ce mariage qu'à

1. A la séance du 19 février 1907 (*J. off.* du 19 février 1907, *Déb. parl.* Chambre, p. 382) la droite de la Chambre, et notamment M. Beauregard avaient demandé la protection de la famille légitime. Mais alors, ils n'avaient point obtenu gain de cause.

2. *J. off.* du 6 février 1912, *doc. parl.* p. 89.

condition que la reconnaissance ne préjudicie ni à l'autre époux, ni aux enfants légitimes. Sans doute, une reconnaissance d'enfant naturel peut être faite après la dissolution du mariage, même en cas d'existence d'enfants légitimes, mais il s'agit toujours d'enfants reconnus qui n'ont pas été conçus pendant qu'existait l'union légitime. C'est uniquement une question de haute moralité, qu'on qualifiera, si l'on veut de préjugé social, qui nous paraît imposer la restriction que nous proposons. Ce n'est pas uniquement, comme on l'a prétendu, la préoccupation de ne pas laisser porter atteinte aux intérêts pécuniaires des enfants légitimes. A ce compte, et pour sauvegarder ces intérêts, il faudrait interdire, comme le faisait d'ailleurs l'article 298 pour d'autres raisons, aux complices d'adultère de se marier. Depuis l'abrogation de cet article, ils peuvent le faire, ils peuvent fonder une nouvelle famille légitime. »

Conformément à ces motifs, le texte actuel proposé par la commission fut voté sans discussion par le Sénat le 12 novembre 1912 et par la Chambre le 24 décembre 1915.

Quelles sont les applications de la nouvelle disposition?

Demandons-nous d'abord quels enfants ou descendants mettent obstacle à la légitimation et dans quelles conditions?

Un point est certain. Les enfants nés d'un précédent mariage n'empêchent pas la légitimation. De même, des enfants adoptifs, adoptés au cours du mariage pendant lequel est né ou a été conçu l'enfant adultérin, ne s'op-

posent pas à la légitimation, car la loi parle *d'enfants ou de descendants légitimes*.

Est-ce que la légitimation serait impossible, s'il existait au moment du mariage subséquent des enfants légitimés? Nous ne le pensons pas, bien qu'ils aient les mêmes droits que les enfants légitimes.

Les descendants légitimes sont donc les seules personnes en présence desquelles la légitimation doit être refusée. Encore faut-il qu'ils existent au jour du mariage subséquent. Leur décès, antérieur à ce mariage, validerait la légitimation.

Un enfant adultérin est né dans les conditions prévues par la loi. Le mariage se dissout; le père épouse sa complice, et les auteurs avaient préalablement reconnu l'enfant dans l'acte de célébration. Plus tard, la preuve est fournie qu'il existait au jour de ce mariage un enfant légitime du père, mais qu'il est aujourd'hui décédé. La légitimation sera nulle.

Cette dernière solution nous paraît rigoureuse, puisque la raison d'être de la prohibition a disparu.

Elle fut cependant admise dans un cas analogue, (il s'agissait en l'espèce de l'application de la disposition transitoire de la loi de 1915 que nous étudions plus loin) par un jugement du tribunal civil de Rouen du 15 mai 1916¹: « Attendu, dit cette décision, que les enfants, nés du commerce adultérin du père, avant l'ordonnance prévue par l'article 878 du code de procédure civile, ne peuvent être légitimés que, s'il n'existe pas au moment du

1. *Gazette des Tribunaux*, 2 septembre 1916,

mariage subséquent d'enfant légitime du premier mariage;

« Attendu, que D. ne justifie pas et n'allègue même pas qu'il ait présenté une requête en divorce antérieurement à 1908, alors que l'enfant qu'il veut légitimer est né en 1901;

« que, d'autre part, son enfant légitime, mort en 1915, vivait encore au moment du mariage subséquent contracté en 1908;

« qu'il n'est donc pas dans les conditions voulues pour pouvoir légitimer son enfant adultérin.

« Par ces motifs, rejette..... »

Un père pense légitimer ses enfants adultérins, croyant ses descendants légitimes décédés, parce que, disparus dès les premiers jours de la guerre. Pour que cette légitimation soit valable, un jugement d'absence ne suffirait pas. Il faudrait prouver que les descendants légitimes du père étaient effectivement morts au jour du mariage subséquent.

M. Edouard Lévy¹ signale une hypothèse curieuse où l'existence de descendants légitimes mettra obstacle à la légitimation. Deux époux vivent séparés de fait depuis plusieurs années, et chacun d'eux a des enfants adultérins. Ceux de la mère, non désavoués, sont couverts par la présomption de légitimité. La femme meurt et le mari veut légitimer ses enfants adultérins. Il ne le pourra pas, ou si la légitimation se produit, elle sera nulle, à cause

1. E. Lévy, *op. cit.*, n° 426, p. 222.

de la présence au jour du mariage subséquent des enfants adultérins de la mère qui sont réputés ses enfants légitimes. « On voit par là, ajoute M. Lévy, que la restriction apportée par le 3^o de l'alinéa 3 de l'article 331 du code civil, constituée pour l'adultère de la femme une prime scandaleuse puisque l'existence des enfants adultérins *a matre* fait obstacle à la légitimation des adultérins *a palre*. »

Il va sans dire que l'existence d'enfants légitimes du père ne met pas obstacle à la légitimation de ses enfants adultérins, nés plus de 180 jours après l'ordonnance du président. En effet, la situation n'est pas la même. Le sort de ces enfants est réglé, comme nous l'avons vu, par le § 3, 2^o de l'article 331, pour une période où le mariage a été troublé par une instance en divorce ou en séparation de corps. Dans notre hypothèse, au contraire, l'enfant adultérin du père est né ou a été conçu pendant le mariage, dont aucune instance n'a relâché le lien.

A la même séance du 21 décembre 1911, M. Maxime Lecomte demandait le vote du texte suivant : « *Même au cas où existeraient des descendants légitimes, la légitimation pourra avoir lieu s'ils sont majeurs, non interdits ou bien émancipés, et déclarent par acte authentique, qu'ils ne s'opposent pas à la légitimation.* » Et à l'appui de sa proposition, le rapporteur invoquait les arguments suivants. Pourquoi ne pas admettre dans ce cas la légitimation si la famille est unanime sur ce point, « jugeant que ce sont là ses intérêts moraux et pécu-

niaires »? Nous pouvons aller jusque-là, dit M. Lecomte, à condition « que la décision puisse être prise en pleine connaissance de cause par les intéressés, majeurs et maîtres de leurs droits. »

Les motifs de la proposition sont évidemment très louables. Le rapporteur fait preuve ici d'un grand esprit de conciliation, puisqu'il pousse à l'extrême les cas où pourra avoir lieu la légitimation de ces enfants, tout en sauvegardant les intérêts de la famille légitime.

La déclaration des descendants légitimes *dans un acte authentique* qu'ils ne s'opposent pas à la légitimation est exigée, afin que leur adhésion puisse être prise en pleine connaissance de cause. La solennité de l'acte authentique attirera davantage leur attention sur les conséquences de leur consentement.

M. Maxime Lecomte complète ainsi l'exposé des motifs : « La majorité de votre commission n'a pas cru qu'il fût possible de demander une pareille adhésion à un conseil de famille et à un tuteur *ad hoc* engageant des mineurs ou des interdits. »

Nous comprenons ces scrupules. La volonté d'un conseil de famille ou d'un tuteur n'est tout de même pas celle de la personne elle-même, et, il s'agit d'un acte vraiment trop grave pour en laisser l'appréciation aux organes de la tutelle. Et c'est pourquoi les descendants légitimes doivent être majeurs, non interdits ou bien émancipés.

Mais cet alinéa fut l'objet de nombreuses critiques :

« Il paraît inacceptable, dit le 1^{er} mars 1912 M. le

garde des sceaux, d'obliger les parents, s'ils veulent procéder à la légitimation, d'attendre la majorité de leurs enfants légitimes et de continuer à vivre en concubinage. Si l'on suppose des enfants majeurs, ils seront portés à ne pas donner leur consentement. *Mais si leur père est riche et les menace d'exhérédation, ce consentement peut devenir l'objet d'un marchandage immoral. D'autre part, il est vraiment choquant de voir un père obligé de faire litière de sa dignité et de solliciter une autorisation de ses enfants pour remplir ce qu'il considère un devoir.* On ne peut adopter une demi-mesure. Ou bien, s'il existe des enfants légitimes, il faut refuser la légitimation. Ou bien, il faut la permettre dans tous les cas, et même, en cas d'existence d'une descendance légitime. »

Ces arguments, et, plus particulièrement ceux que nous avons soulignés, sont justes. Ce fut, sans doute, aussi l'avis de M. Lecomte, car il renonça aussitôt à son texte.¹

Il nous reste à étudier une question de preuve. Elle est examinée par la circulaire ministérielle du 10 janvier 1916.

Est-ce aux nouveaux époux à prouver qu'il n'y a pas d'enfants légitimes du premier mariage, ou au contraire doit-on se contenter de leur déclaration. La circulaire ministérielle décide que la déclaration de l'intéressé

1. 1^{er} rapport supplémentaire de M. le sénateur M. Lecomte, du 26 mars 1912, *J. off.* du 25 juin 1912, *doc. parl.* annexe n° 141, p. 760 et 761.

suffit, sauf à faire annuler plus tard la légitimation si la preuve était faite qu'il existait au moment du mariage subséquent des enfants légitimes de la première union¹.

Cette solution nous semble insuffisante, car elle semble oublier que la légitimation est subordonnée à certaines conditions, et que celle-ci doit être établie comme les autres. Or, la déclaration de l'intéressé, peut être contraire à la vérité; cette condition ne se trouve donc pas établie.

La solution ministérielle peut, de plus conduire à des abus, parce qu'elle ne distingue pas.

L'officier de l'état-civil connaît l'existence d'enfants légitimes du père, et cependant celui-ci déclare n'en pas avoir. La légitimation devra cependant être insérée dans l'acte de mariage. C'est ouvrir la porte aux procès !

La véritable solution eût donc été d'exiger des auteurs de l'enfant une pièce authentique, soit l'inventaire ou la liquidation qui ont été dressés après la dissolution du premier mariage et qui indiquait s'il y a des enfants de ce mariage, soit un acte de notoriété.

La circulaire ministérielle avait envisagé cette dernière hypothèse, ainsi que le concours de témoins, mais sous prétexte qu'il s'agissait d'une preuve négative, que ce n'est pas le rôle de témoins comparants de certifier qu'il n'y a pas d'enfants, et, que les actes de notoriété peuvent être dressés de différentes façons, elle a écarté ces solutions.

1. Une déclaration mensongère exposerait les parents de l'enfant aux peines du faux en écriture publique (art. 145 à 150 du code pénal).

Les actes de notoriété peuvent en effet être dressés de différentes façons, soit dans la forme ordinaire, soit avec homologation de justice, mais est-ce vraiment une raison pour justifier, dans l'embarras où l'on se trouvait, une troisième solution, qui est l'absence de tout acte de notoriété ?

* * *

Nous avons terminé l'étude des cas où la loi de 1915 permet la légitimation des enfants adultérins. N'existait-il pas encore certaines hypothèses où leur légitimation n'est pas possible ? Oui, évidemment, mais ces cas sont peu nombreux.

Nous ne ferons que les rappeler. L'enfant, conçu dans la période comprise entre l'ordonnance et la péremption de l'instance, ne peut être légitimé, car cette hypothèse n'est pas prévue par la loi. Nous venons d'étudier le second cas. Il est prévu par le § 3, 3^e de l'article 331, mais nous savons que cette règle ne s'applique qu'au mari.

En dernier lieu, les enfants adultérins de la mère, non conçus pendant un procès en séparation de corps ou en divorce et non désavoués, ne peuvent être légitimés, même s'il n'y a pas d'enfants du précédent mariage. La raison de la différence entre la femme et le mari est simple. La femme, en légitimant dans ce cas ses enfants adultérins protesterait contre la règle *pater is est...* Pour le mari, au contraire, la question ne se pose même pas.

§ 2. — *Epoque de la reconnaissance.*

Les enfants adultérins, auxquels le législateur accorde le bénéfice de la légitimation, doivent avoir été reconnus par les deux auteurs, dans l'acte de célébration du mariage, sous réserve de la disposition transitoire, que nous étudions plus loin. Rappelons que cette exigence fait cesser la controverse, au sujet des deux sortes de reconnaissance.

Cette disposition n'est pas nouvelle. Elle n'est que la reproduction du texte de 1907. Pour les enfants adultérins désavoués, au sujet desquels la solution pouvait faire doute en 1907, nous avons soutenu, que la reconnaissance, dans l'acte de célébration, était également exigée. Aujourd'hui, le même mode de reconnaissance, s'applique sans aucun doute à tous les enfants adultérins (art. 331, § 3.)

Toute reconnaissance d'enfant adultérin, antérieure au mariage, est donc nulle (art. 335) et leur reconnaissance, *post nuptias*, ne peut les légitimer, le § 2 de l'article 331 ne s'appliquant qu'aux enfants naturels simples.

Un article, de la revue trimestrielle de droit civil de 1916, signale les conséquences qui résultent de cette conception.¹

Des époux disent au moment du mariage qu'ils légitiment leur enfant, mais le maire ne constate pas

1. *Revue trimestrielle de droit civil* 1916. Notes parlementaires. France. Personnes et droits de famille, p. 187.

qu'ils l'ont reconnu. Est-ce que la légitimation sera nulle ? L'article signalé croit que ce serait pousser bien loin le formalisme « car, dit-il, il est clair que légitimer, c'est implicitement reconnaître. » Nous n'en pensons pas moins, qu'admettre alors la légitimation, serait contraire à la volonté du législateur ; la reconnaissance, par les deux auteurs dans l'acte de célébration, étant une condition indispensable de cette légitimation. Elle doit donc, comme telle, être constatée par l'officier de l'état-civil.

Les auteurs de l'article vont plus loin. Ils supposent le mariage annulé. La légitimation sera nulle, mais en sera-t-il de même de la reconnaissance ? Nous le pensons avec eux, car la loi n'admet la reconnaissance que comme préliminaire de la légitimation. La reconnaissance pure et simple des enfants adultérins est, nous le savons, interdite par l'article 335.

M. Lévy¹, expert en la matière, mentionne deux pratiques :

1^o Dans certaines communes, on engageait les parents adultères à reconnaître leurs enfants plusieurs jours avant le mariage (comme ils le pouvaient d'ailleurs pour leurs enfants naturels simples).

Il en résulte que ces enfants ne pourront jamais être légitimés, conséquence vraiment bien sévère !

« Ni la volonté évidente des parents, dit M. Lévy, ni l'intérêt de l'enfant ne pourront prévaloir contre

1. E. Lévy, *op. cit.*, n^o 334, p. 184 et 185.

le texte formel de la loi, le jour où la question de la validité de la légitimation sera soumise à l'appréciation des tribunaux. »

2^o Un célibataire reconnaît un enfant. Au moment de la célébration du mariage, certaines mairies se sont contentées de la reconnaissance de l'autre auteur dans l'acte de célébration.

Cette pratique est mauvaise car « il va de soi, dit M. Lévy, que la première reconnaissance n'était légale et valable que parce que l'acte de naissance de l'enfant le présentait comme un enfant naturel simple. Dès qu'il devient évident qu'il s'agit d'un enfant adultérin, cette première reconnaissance tombe, elle ne peut plus produire aucun effet. »

Pour corriger ces erreurs, M. Lémery demanda le 11 avril 1916 que « par dérogation aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 331, les enfants adultérins, se trouvant dans les conditions prévues par cet article, seront légitimés, quelle que soit la date à laquelle ils auront été reconnus par leur père et par leur mère avant le mariage de ceux-ci, si le dit mariage a été célébré avant le 31 décembre 1916¹. »

La date prévue par cette proposition est passée depuis longtemps, et, si ce texte était voté, il faudrait prévoir un délai bien plus éloigné.

« Les enfants adultérins sont légitimés, dit l'art. 331,

1. Proposition Lémery *Chambre, J. off.* 11 avril 1916, *Doc. parl.*, p. 618.

§ 3... dans les formes déterminées par le premier paragraphe du présent article. »

C'est-à-dire, que pour eux, comme pour les enfants naturels simples reconnus dans l'acte de célébration du mariage, la reconnaissance et la légitimation doivent être constatés dans un acte séparé.

§ 3. — *Mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.*

Cette formalité, exigée par le § 4 de l'article 331, et applicable à tous les enfants illégitimes, est la reproduction presque intégrale du texte de 1907.

Le paragraphe 5 du même article, ajouté par la loi de 1915 déclare : « Cette mention sera faite, à la diligence de l'officier de l'état civil qui aura procédé au mariage, s'il a connaissance de l'existence des enfants, sinon, à la diligence de tout intéressé. »

Quelle est la portée de cet alinéa ? Il applique et précise, pour la mention d'office de la légitimation, la règle édictée par l'article 49 du code civil modifié par l'article 1^{er} de la loi du 17 août 1897.

La mention est donc faite d'office sous la surveillance du procureur de la République, par l'officier de l'état civil qui a procédé au mariage, s'il connaît l'existence des enfants. Cette règle nous semble peu utile, car il sera rare que l'officier de l'état civil soit au courant de la situation des parents.

Quelle serait la sanction du défaut de mention ?

Sans aucun doute, l'amende prévue par l'article 50 du code civil contre l'officier de l'état civil contrevenant.

Tout intéressé peut également exiger la mention. Quels sont-ils ? Les auteurs de l'enfant et l'enfant légitimé. Nous n'accordons ce droit qu'à ces personnes, car elles seules sont intéressées à la légitimation.

L'action des intéressés peut s'exercer, bien entendu, même si l'officier de l'état civil a connaissance de l'existence des enfants. Nous faisons cette remarque, car le texte de l'article 331, § 5 pourrait faire croire le contraire.

CHAPITRE III

Répercussion de la loi dans le temps.

Une disposition presque semblable à celle de 1907 est annexée à la loi du 30 décembre 1915. Elle fut proposée par la Commission du Sénat et M. Maxime Lecomte disait à ce sujet : « La loi de 1907 est modifiée par la proposition que nous demandons au Sénat d'adopter. Elle est élargie dans un but d'humanité; la proposition entend réaliser un progrès, et, en pareil cas, on comprendrait difficilement qu'on légifère seulement pour l'avenir, sans aucune rétroactivité. *Nous propo-*

sons donc une disposition transitoire pareille à celle de la loi de 1907¹. »

La disposition transitoire fut votée sans discussion par le Sénat en 1912, et en 1915, puis par la Chambre en 1915.

Elle est ainsi conçue (article 6, § 2 loi du 30 décembre 1915) : « *Les enfants adultérins se trouvant dans les conditions prévues par les dispositions qui précèdent, et, dont les pères et mère auront contracté mariage avant la promulgation de la présente loi, pourront é re, de la part de ceux-ci, dans le délai de deux ans, à partir de celle promulgation, l'objet d'une reconnaissance qui emportera légitimation dans les conditions prévues par la présente loi.* »

Donc, comme en 1907, la reconnaissance, par les deux auteurs, doit avoir lieu dans le délai de deux ans. Mais, tandis qu'à cette époque, elles devaient être concomitantes, elles peuvent être faites aujourd'hui à des époques séparées, pourvu naturellement qu'elles soient contenues dans le délai imparti par la loi.

Cette différence tient à ce que le législateur de 1915 n'exige plus la reconnaissance devant l'officier de l'état civil du domicile des deux conjoints : « Elle peut être effectuée, dit la circulaire ministérielle précitée du 10 janvier 1916, devant n'importe quel officier de l'état civil, la loi nouvelle ne contenant à cet égard aucune attribution de compétence. »

1. Rapport de M. le sénateur M. Lecomte du 21 février 1911, *J. off.* du 3 avril 1911, *doc. parl.*, p. 91 et 92,

Les deux époux, habitant séparément, peuvent, en conséquence, reconnaître chacun l'enfant, dans une commune différente.

M. Edouard Lévy¹ signale l'intérêt de cette solution « lorsque le père est en voyage pour affaires personnelles, lorsqu'il est mobilisé, au front, aux colonies, ou sur un bateau de l'Etat. »

Le législateur a donc réalisé ici un sérieux progrès.

Cette reconnaissance, avons-nous dit, doit avoir lieu dans un délai de deux ans de la part des époux, mariés antérieurement à la promulgation de la loi du 30 décembre 1915.

Le législateur, ne faisant aucune distinction, il en résulte que des parents, mariés avant la loi du 7 novembre 1907, vont pouvoir profiter de cette disposition, et, légitimer des enfants adultérins que la législation antérieure à 1915 ne leur aurait pas permis de légitimer.

Faisons encore une remarque. La loi du 5 août 1914, ayant suspendu tous les délais pendant la guerre, les deux ans prévus par la disposition transitoire n'ont commencé à courir qu'à partir de la loi du 23 octobre 1919, qui a fixé la date de la cessation des hostilités.

Que signifient les mots, *dans les conditions prévues par la présente loi* ? Ils veulent dire que la disposition transitoire ne s'applique qu'aux enfants adultérins dont l'article 331 autorise la légitimation.

La double reconnaissance, faite après le mariage,

1. E. Lévy, *op. cit.*, n° 438, p. 227.

emportera, de plein droit, légitimation. Nous concluons donc, avec la circulaire ministérielle du 10 janvier 1916, « qu'il n'apparaît pas que, pour l'application de ces dispositions exceptionnelles visant les enfants adultérins, un jugement soit nécessaire comme au cas où il s'agit de légitimer, après la célébration du mariage, des enfants naturels simples. »

La même circulaire décide qu'un militaire présent sous les drapeaux et marié avec la mère d'un enfant adultérin avant le 30 décembre 1915, peut profiter de la disposition transitoire « en donnant à un tiers, dans les formes prévues par la loi du 8 juin 1893, une procuration à l'effet de passer les déclarations nécessaires pour légitimer l'enfant. »

Nous approuvons les louables intentions du Ministre, mais nous ferons, à ce propos, les mêmes réserves qu'au sujet de l'article 2 de la loi de 1917. Le père de l'enfant adultérin déjà marié, est tué à la guerre et, son mandataire apprend le décès avant d'avoir reconnu l'enfant. Or, l'article 2003 du code civil décide que le mandat prend fin par la mort du mandant. La reconnaissance ne pourra être faite et l'enfant ne sera pas légitimé.

Nous répétons donc que la reconnaissance personnelle du père aux armées, telle qu'elle est établie par les articles 93 et 98 du code civil, modifiés par la loi du 8 juin 1893, eût été préférable.

. . .

L'étude de la législation actuelle sur les enfants

adultérins nous a montré que presque tous ces enfants peuvent être légitimés. On peut, dans ces conditions, se demander s'il ne serait pas raisonnable, de revenir au texte primitif, proposé en 1906 par M. Viollette et Steeg ? C'est du moins l'opinion du rapporteur de la loi de 1907 à la Chambre : « Nous demanderons à la Chambre, a-t-il, dit le 15 décembre 1915, de reprendre pour la troisième fois notre texte primitif, auquel il faudra bien en venir un jour ou l'autre, parce que, seul, il est équitable et logique. »¹ L'avenir révélera si ce nouveau progrès sera voté par les nouvelles Chambres.

1. Rapport de M. Viollette du 15 décembre 1915. *J. off.* du 24 décembre 1915., *doc. parl.*, p. 1390.



TROISIÈME PARTIE

Droit comparé. Les législations étrangères dans leurs rapports avec les lois du 30 décembre 1915 et du 7 avril 1917.

La famille est constituée sur les mêmes bases dans tous les pays européens, mais les différentes législations étrangères sont loin d'accorder la même situation aux enfants naturels.

Nous étudierons d'abord les législations favorables à la légitimation des enfants illégitimes; la deuxième partie sera consacrée aux nations qui y sont, au contraire, hostiles. Nous verrons, en troisième lieu, les peuples qui adoptent une solution intermédiaire.

ALLEMAGNE. — L'article 1919 du code civil allemand consacre un grand principe. Tout enfant naturel est légitimé par le mariage subséquent de ses auteurs.

Ce mode de légitimation assimile complètement

l'enfant adultérin à l'enfant légitime (art. 19). Mais il est inapplicable aux enfants incestueux. Est ainsi dénommé, l'enfant né de personnes entre lesquelles existe un empêchement de mariage résultant de la parenté, ou de l'alliance. Cet empêchement est appliqué aux enfants nés de frères et sœurs, ou d'alliés en ligne directe (art. 1310, § 1).

Et aucune dispense ne peut être accordée.

Ce procédé n'est même pas complètement applicable aux enfants adultérins. L'article 1312 décide, en effet, que lorsque « *l'adultère a été relaté comme cause du divorce* » dans le jugement, le mariage est impossible entre l'époux divorcé et son complice. Cet empêchement peut cependant être levé par des dispenses.

La loi allemande admet également la déclaration de légitimation (art. 1723). L'enfant est, dans ce cas, sur la demande de son père *déclaré légitime par une disposition de l'autorité de l'état*. Mais ce mode ne peut s'appliquer aux enfants incestueux. Ceci résulte, en effet, de l'article 1732 qui déclare qu'il en est ainsi « si à l'époque de la conception de l'enfant, le mariage était prohibé entre les parents, conformément à l'article 1310, alinéa 1, pour cause de parenté ou d'alliance. »

Ce mode ne profite donc qu'aux enfants adultérins et établit le lien de parenté entre le père et l'enfant (art. 1737).

AUTRICHE. — Le code autrichien du 1^{er} janvier 1812 admet à la légitimation tous les enfants illégitimes,

qu'ils soient naturels simples, adultérins ou incestueux, mais leur légitimation ne doit pas porter atteinte aux droits acquis aux enfants légitimes¹.

ÉTATS SCANDINAVES. — Les enfants adultérins sont assimilés, en Suède, aux enfants légitimes. S'il y a eu viol, l'enfant a les droits d'un enfant légitime, si sa mère veut l'élever². De plus, les fiançailles procurent dans ce pays aux enfants des fiancés la légitimation.

La Norvège et le Danemark admettent la légitimation par mariage subséquent. De plus, ces deux pays connaissent la légitimation par une déclaration faite en justice. Mais ce procédé ne s'applique au Danemark qu'aux enfants incestueux et naturels simples, et aux naturels simples, seulement en Norvège.

ROUMANIE. — La législation de ce pays accorde largement cette faveur. Le mariage subséquent légitime les enfants naturels simples, adultérins et incestueux³.

SUISSE. — L'article 268 du code fédéral suisse du 10 décembre 1907 décide que le mariage des père et mère légitime tout enfant né hors mariage.

« L'enfant, dont les père et mère, se sont promis le mariage, mais qui n'ont pu le célébrer par suite du

1. *Code civil autrichien* traduit par de Clercq, 1836.

2. Lehr, *Eléments de droit civil scandinave*, p. 332 et 389. 1901.

3. Alexandresco (Demètre) *Droit ancien et moderne de la Roumanie*. 1897, p. 10 (art 304, 677).

décès de l'un des fiancés ou de perte de la capacité requise pour contracter mariage, sera légitimé par le juge, à la demande de l'autre fiancé, ou de l'enfant lui-même. » (art. 260).

Si l'enfant est majeur, son consentement est exigé. Cette dernière règle a pour but d'empêcher d'imposer malgré lui à l'enfant une filiation qu'il repousse. Elle figurerait donc avantageusement, à notre avis, dans la législation française.

II

BELGIQUE. — La législation du code civil français régit encore actuellement ce pays.

ESPAGNE. — La loi espagnole admet la légitimation par mariage subséquent, mais les enfants doivent avoir été reconnus avant ou après la célébration du mariage (art. 121, code civil espagnol).

Lorsque le mariage est impossible, la légitimation peut être réalisée par décret royal. Ce mode de légitimation peut s'appliquer, même aux enfants adultérins. Mais alors il est nécessaire que la demande soit formée par le père ou la mère, et que l'auteur n'ait pas d'enfants légitimes, légitimés ou de descendants d'eux¹.

ITALIE. — Un décret du 20 octobre 1915 permet la légitimation par décret des enfants naturels simples de

1. Code civil espagnol, 1890, *Eléments de droit civil espagnol* Lehr, II, p. 101 à 105.

mobilisés, morts pendant la guerre, et, ayant donné procuration pour se marier. (Le mariage, par procuration, a été admis, en Italie, par un décret du 14 août 1915) et, nous avons vu que M. Viollette a dit s'en être beaucoup inspiré pour l'élaboration de la loi du 7 avril 1917. Mais ce procédé existait déjà dans ce pays avant la guerre, mais à l'égard des enfants naturels simples seulement. Les enfants adultérins et incestueux, au contraire, ne peuvent être légitimés, ni par le mariage subséquent de leurs auteurs, ni par décret (art. 194 à 202, code civil italien¹).

PORTUGAL. — La législation de cette nation est presque semblable à la législation française.

Les enfants naturels simples peuvent être légitimés par mariage, mais ils doivent être reconnus soit volontairement, soit après une action en justice.

Les enfants adultérins et incestueux sont exclus de cette faveur, mais leur filiation peut résulter, incidemment, d'un procès civil ou criminel. La recherche de la paternité adultérine ou incestueuse peut, cependant, être exercée, dit l'article 130, si « l'époque de la naissance, déterminée par l'article 101, coïncide avec celle du fait délictueux². »

1. Huc et Orsier, *Le code civil italien et le code Napoléon*, II, p. 42 et 47.

2. *Code civil portugais*, 1^{er} juillet 1862, art. 122. Laneyrie et Dubois.

L'impossibilité de légitimation des enfants incestueux résulte de l'impossibilité du mariage entre parents, au troisième degré, en ligne collatérale. Les dispenses, obtenues entre personnes au troisième degré et au delà, entraîneront la légitimation, si le mariage, entre les auteurs, est célébré.

III

Ce groupe de législations est favorable à la légitimation des enfants naturels simples et incestueux, mais il la refuse aux enfants adultérins.

PAYS-BAS. — La légitimation des enfants incestueux est défendue par l'article 327 du code civil néerlandais, à moins d'un mariage valable, contracté avec dispense.

Mais alors l'enfant doit avoir été reconnu dans l'acte de célébration du mariage (art. 328).

Toute reconnaissance d'enfant incestueux, en dehors de ce cas, est nulle (art. 338).

Les enfants naturels simples sont légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs (art. 327). Si le mariage est impossible, par suite du décès d'un des parents, la légitimation peut avoir lieu par des lettres de légitimation accordées par le Roi, après avis de la Haute-Cour (art. 329).

Toute reconnaissance ou légitimation d'enfant adultérin est, au contraire, interdite (art. 327 et 338).

RUSSIE. — Pendant longtemps, le seul mode de légitimation admis, et seulement dans des cas tout à fait

exceptionnels, était la légitimation par ukase impérial; mais depuis la loi du 12 mai 1891 (art. 111), sont légitimés, par mariage, les enfants, autres que ceux issus de l'adultère.

Quant aux enfants incestueux, le mariage contracté, avec dispense, entraîne leur légitimation. Mais, il faut ajouter, que la législation russe se montre particulièrement sévère pour l'obtention de ces dispenses, puisqu'elle ne les admet qu'à partir du quatrième degré, et, suivant la computation canonique.

CONCLUSION

La loi du 7 novembre 1907 a marqué la première phase des transformations profondes que devait subir la famille. Nous avons montré ses défauts, en examinant ses éléments. Nous ne nous étonnons donc pas qu'elle ait été vivement critiquée et remplacée par la loi du 30 décembre 1915.

Tous les enfants incestueux et presque tous les enfants adultérins peuvent être aujourd'hui légitimés par mariage. Puisqu'il en est ainsi, faut-il admettre le principe de l'égalité de tous les enfants devant la loi proposée en 1906 par MM. Viollette et Steeg ?

Nous sommes partisans du relèvement des enfants adultérins et incestueux¹. L'intérêt de ces enfants exige que les parents qui fondent un foyer améliorent leur situation.

Mais il ne faut pas oublier, non plus que dans l'intérêt social, la famille doit rester forte et stable. Or, elle

1. En ce qui concerne les enfants naturels simples, il faut permettre leur légitimation dans tous les cas. La légitimation, *par décret*, serait, à leur égard, une excellente mesure, du moins quand le mariage est impossible, soit, non seulement par suite du décès du père, solution consacrée par la loi du 7 avril 1917, mais encore quand c'est la mère qui est défunte.

est consacrée par la loi positive, mais non créée par elle. Le législateur ne peut donc la modifier à son gré : « Si l'Etat détruit la famille, a dit de Bonald, la famille se venge et ruine l'Etat. »

Est-ce que le législateur de 1907 a satisfait à ces deux obligations, le relèvement de l'enfant adultérin (Nous mettons à part l'enfant incestueux. Son cas nous paraît en effet moins grave pour l'intérêt social et surtout moins fréquent), et le maintien de l'intégrité familiale ? Nous ne le pensons pas, car il a placé les enfants légitimes et adultérins sur un pied d'égalité. Ce faisant, il a ébranlé les bases constitutives de la famille.

L'adultère est, en effet, le plus grave manquement aux lois du mariage. La preuve n'en subsistera pas, puisque, après divorce ou mort du conjoint, l'enfant adultérin pourra, par le mariage subséquent, acquérir les mêmes droits et la même situation familiale que les enfants légitimes.

Nous concluons donc avec MM. Colin et Capitant¹ « que, tout en atténuant la sévérité excessive du code civil originaire, il y a encore lieu de protéger la famille régulière contre des assimilations de nature à retourner contre les enfants légitimes l'injustice de la loi. Ceux-là obtiendraient satisfaction, si l'on subordonnait la légitimation des enfants adultérins à une condition, dont il est singulier qu'on n'ait pas eu l'idée en

1. Colin et Capitant, t. 1, 1^{re} édition, p. 304.

1907. Cette condition serait qu'il n'y eût pas d'enfant légitime issu du mariage dont la foi a été violée. Ces enfants, s'il en existe, ont droit à ne pas subir la confusion, l'identification de leur situation juridique et mondaine avec celle des enfants issus de l'adultère. »

C'est revenir au projet de 1891 de M. Pontois et que la loi du 30 décembre 1915 a consacré (article 331, § 3, 3^o).- Mais elle ne l'a réalisé que d'une façon incomplète et arbitraire. Elle n'applique cette règle qu'aux enfants adultérins du père.

Vu et permis d'imprimer :
*Le Recteur de l'Académie
de Paris,*
APPEL.

Vu le Président de thèse,
R. PIÉDELIÈVRE.

Vu :
Le Doyen,
F. LARNAUDE.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY ET RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e édit., t. VI, § 572.
- ALEXANDRE DUMAS FILS. — *Le fils naturel*.
- BEUDANT. — *Etat et capacité des personnes*, t. II.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*, t. I, 1908.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET HOUQUES-FOURCADE. — *Des personnes*, t. III, 1908.
- BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU ET CHÉNEAUX. — *Des personnes*, t. IV, 1907.
- BAUDRY-LACANTINERIE, CHÉNEAUX ET BONNECARRÈRE. — *Des personnes*, t. V, 1908.
- Bulletin de la Société d'Etudes législatives*. — Année 1910.
- BERNARD (RENÉ). — *De la légitimation des enfants adultérins ou incestueux*. Thèse, Rennes, 1918.
- COLIN ET CAPITANT. — *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 1^{re} et 2^e édit.
- DE CLERCQ. — *Code civil autrichien*, trad., Paris, 1836.
- ALEXANDRESCO (DEMÈTRE). — *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, 1897.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, t. II, 57 bis, t. V, 146 bis, 352 à 356, t. XIV, 128.
- DALLOZ. — *Jurisprudence générale*.
- DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. III, n^o 180.
- DÉ LA GRASSERIE (RAOUL). — *De la parenté en droit comparé*. *Revue critique de législation et de jurisprudence*. Années 1906-1910.
- DELEPIERRE. — *De la légitimation des enfants naturels*. Thèse, Paris, 1888.
- EPARDAUD (MAURICE). — *Des modes de légitimation des enfants naturels*. Thèse, Poitiers, 1912.
- FENET. — *Travaux préparatoires du Code civil*, 1836.

- FUBINI (RICCARDO). — La législation civile italienne de la guerre en 1915 et 1916. Capacité, mariage, légitimation. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1917, p. 326.
- GRUBER (JULES). — *Code civil allemand*, texte allemand avec traduction française. Strasbourg, 1898.
- Gazette des Tribunaux.*
- Gazette du Palais.*
- GIRARDIN. — *Questions philosophiques*, rapportées par Coulon.
- GARRAUD. — *Droit criminel*, 12^e édit.
- GLASSON, COLMET-DAAGE ET TISSIER. — *Procédure civile*, t. I.
- GAUDEMET (EUGÈNE). — Légitimation. Omission dans l'acte de mariage. Demande de rectification. Irrecevabilité. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1913, p. 614 et 615.
- GUÉRIN DE LITTEAU (MAX). — *De la condition juridique des enfants incestueux et adultérins* (Loi de 1907). Thèse, Paris, 1913.
- HUC ET ORSIER. — *Le code civil italien et le Code Napoléon*, 1868.
- HUC. — *Commentaire du Code civil*, t. II-III.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (LÉON). — Légitimation des enfants naturels postérieurement au mariage de leurs parents. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, p. 206.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (LÉON). — Légitimation postérieure au mariage. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1913, p. 246.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (LÉON). — Légitimation des enfants adultérins. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1914, p. 217 et 218.
- Journal officiel*. — 1890, 1897, 1907-08, 1911-18.
- LANEYRIE ET DUBOIS. — *Code civil portugais*, trad. 1896.
- LEHR. — *Eléments de droit civil espagnol*, t. II, 1890.
- LEHR. — *Eléments de droit civil scandinave*, 1901.
- LEHR. — *Eléments de droit civil russe*, t. I, 1877.
- La loi.*
- LOCRE. — *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, t. III, V.
- LAURENT. — *Principes de droit civil*, t. II, III, IV, IX, 1878.
- LÉVY (EDOUARD). — *Traité pratique de la légitimation des enfants naturels simples, incestueux ou adultérins*. Préface de M. Albert Wahl, 1919.
- LE BRUN (CHARLES). — *De la condition juridique des enfants incestueux ou adultérins d'après le Code civil et la loi du 7 novembre 1907*. Thèse, Paris, 1911.
- MONTEL. — *De la légitimation en droit français actuel*, Thèse,

Dijon, 1908.

POTHIER. — Contrat de mariage, n° 422.

Pasicrisie belge. — Jugements des tribunaux. Années 1894, 1900, 1903.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 6^e édit.

Revue trimestrielle de droit civil. — Légitimation des enfants naturels simples ou adultérins. Année 1916, p. 180 à 190. Sirey.

TRIEPES. — *Les Codes néerlandais*, 1886.

WAHL (ALBERT). — *Le droit civil et commercial de la guerre*, t. I, 1918.

WAHL (ALBERT). — Légitimation des enfants d'un soldat décédé. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1916, p. 206 à 212.

WAHL (ALBERT). — Légitimation. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1916, p. 495 à 498.

TABLE DES MATIÈRES

Préface	7
-------------------	---

INTRODUCTION

SECTION I. — La légitimation d'après le Code civil.	11
<i>Chapitre I.</i> — Conditions de la légitimation	13
§ 1. — De la reconnaissance.	13
I. — Qui peut faire la reconnaissance ?	15
II. — Quand doit-elle être faite ?	16
§ 2. — Du mariage.	20
<i>Chapitre II.</i> — Quels enfants peuvent être légitimés ?	22
SECTION II. — Situation faite par le Code civil aux enfants adultérins et incestueux.	24
<i>Chapitre I.</i> — Définition des enfants adultérins et incestueux.	24
<i>Chapitre II.</i> — La preuve de la filiation adultérine ou incestueuse est interdite par le Code civil.	25
<i>Chapitre III.</i> — Cas où la filiation adultérine ou incestueuse est indirectement établie	28
<i>Chapitre IV.</i> — La légitimation des enfants adultérins ou incestueux	31
§ 1. — Légitimation des enfants adultérins	31
§ 2. — Légitimation des enfants incestueux.	32
§ 3. — Situation de l'enfant né moins de 180 jours après le mariage.	35
<i>Chapitre V.</i> — Projets de modifications aux dispositions du Code civil relatives à la légitimation des enfants adultérins et incestueux.	37

PREMIÈRE PARTIE

La légitimation sous la loi du 7 novembre 1907.

SECTION I. — Historique de la loi.	35
SECTION II. — La légitimation d'après la loi du 7 novembre 1907.	51
Chapitre I. — Légitimation des enfants incestueux . .	51
Chapitre II. — Légitimation des enfants adultérins . .	60
§ 1. — Exposé de la loi.	61
§ 2. — Discussion de la loi.	77
I. — Enfants désavoués.	81
II. — Enfants nés pendant l'instance.	92
III. — Situation des enfants nés de père ou de mère séparés de corps	120
§ 3. — Répercussion de la loi dans le temps. . .	122

DEUXIEME PARTIE

La légitimation d'après la législation actuelle.

SECTION I. — Légitimation des enfants incestueux et naturels simples	131
Chapitre I. — Légitimation des enfants naturels simples et incestueux d'après la loi du 30 décembre 1915. . .	132
§ 1. — Reconnaissance antérieure au mariage. .	133
§ 2. — Reconnaissance concomitante au mariage. .	135
§ 3. — Reconnaissance postérieure au mariage .	139
Chapitre II. — Légitimation d'après la loi du 7 avril 1917. .	151
SECTION II. — Légitimation des enfants adultérins (loi du 30 décembre 1915).	184
Chapitre I. — Historique de la loi.	184
Chapitre II. — Exposé et discussion de la loi.	187
§ 1. — Quels enfants peuvent être légitimés ? .	188
1 ^{er} cas. — Enfants désavoués	188
2 ^e cas. — Enfants conçus pendant l'instance . .	189
I. — Enfants adultérins du père	191
II. — Enfants adultérins de la mère.	195
3 ^e cas. — Enfants adultérins du père, quand il n'existe pas d'enfants ou de descendants légitimes.	201
§ 2. — Epoque de la reconnaissance.	211
§ 3. — Mention de la légitimation.	214
Chapitre III. — Répercussion de la loi dans le temps .	215

TROISIÈME PARTIE

Droit comparé. — Les législations étrangères dans leurs rapports avec les lois du 30 décembre 1915 et du 7 avril 1917.

I. — Législations favorables à la légitimation.	221
II. — Législations hostiles à la légitimation.	224
III. — Législations admettant une solution intermédiaire	226
Conclusion.	228
Bibliographie.	231
Table des Matières	235
